



Laura Nascimento Duarte

**A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E  
CULTURAIS, EM PARTICULAR DO DIREITO À SAÚDE**

Dissertação com vista à obtenção do grau de  
Mestre em Direito

Orientadora:

Doutora Helena Pereira de Melo, Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova  
de Lisboa

Setembro de 2016

## Declaração de Compromisso de Anti-Plágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui grave falta ética e disciplinar.

Lisboa, 11 de setembro de 2016

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CDH – Conselho de Direitos Humanos

Comité dos DESC - Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais

Direitos CP – Direitos Cíveis e Políticos

Direitos ESC – Direitos Económicos, Sociais e Culturais

DUDH - Declaração Universal dos Direitos do Homem

ECOSOC – Comité Económico e Social

PIDCP - Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais

O corpo da dissertação, incluindo espaços e notas, ocupa um total de 193 862 carateres.

## RESUMO

O sistema de proteção internacional dos direitos humanos atual consagrou um regime diferente para os direitos civis e políticos e para os direitos económicos, sociais e culturais, tendo estes últimos sido relegados para segundo plano e recebido menor proteção do que os direitos civis e políticos. Desta diferenciação decorreu igualmente o questionamento da justiciabilidade dos direitos económicos, sociais e culturais. São inicialmente focados os direitos económicos, sociais e culturais, e o direito à saúde em particular, o seu conteúdo e as obrigações dos Estados no que respeita à sua realização e proteção. Identificam-se os mecanismos internacionais, regionais e nacionais de proteção dos direitos humanos em geral e dos direitos económicos, sociais e culturais em particular, para se perceber se também neste âmbito existe uma diferenciação entre os direitos civis e políticos e os direitos económicos, sociais e culturais. Seguidamente, são identificadas as principais críticas relativas aos direitos económicos, sociais e culturais, nas quais se fundamenta a diferença de regimes, bem como os argumentos que as contrariam, com o objetivo de perceber se esta diferenciação é justificada. A mesma abordagem é adotada em relação à justiciabilidade dos direitos económicos, sociais e culturais, com a identificação dos argumentos contra e a favor do recurso aos tribunais e aos órgãos quase-judiciais disponíveis em caso de violação dos direitos. Por último, identificam-se decisões dos órgãos judiciais e quase-judiciais relativas aos direitos económicos, sociais e culturais e, sempre que possível, ao direito à saúde, de várias regiões do globo e incluindo países desenvolvidos e em vias de desenvolvimento, com o intuito de ilustrar com casos concretos a evolução da justiciabilidade destes direitos que tem ocorrido ao longo dos anos aos níveis internacional, regional e nacional.

The current international system of human rights protection establishes different regimes for civil and political rights and for economic, social and cultural rights. The latter have been relegated to a secondary role and have received fewer protection than civil and political rights. A consequence of this differentiation has also been the questioning of the justiciability of economic, social and cultural rights. At first, economic, social and cultural rights, and in particular the right to health, are focused, namely their content and the States' duties in what concerns their fulfilment and protection. The international, regional and national mechanisms of protection are identified, including those that apply to human rights in general and to

economic, social and cultural rights in particular, in order to understand if, also in this regard, there is a differentiation between civil and political rights and economic, social and cultural rights. Subsequently, the main criticisms regarding economic, social and cultural rights, which substantiate the different regimes, are exposed, as well as the opinions that oppose to them, with the aim of understanding if this differentiation is justified. The same approach is adopted in what concerns the justiciability of economic, social and cultural rights, with the identification of the opinions for and against the review by available courts and quasi-judicial bodies in case of violation of these rights. Finally, decisions of judicial and quasi-judicial bodies related to economic, social and cultural rights and, whenever possible, to the right to health, are described, namely decisions from various regions of the globe and including decisions from developed and developing countries, to illustrate with concrete cases the evolution of the justiciability of these rights that has happened throughout the years at the international, regional and national levels.

### 1. Introdução

Segundo Bertrand G. Ramcharan, antigo Alto Comissário para os Direitos Humanos, vivemos num mundo ferido e atormentado pela degradação ambiental, pelos conflitos, pelas lutas, pela pobreza, pela discriminação, pelo terrorismo e pelas atrocidades cometidas por Estados e por atores não-estatais sobre seres humanos inocentes, milhões dos quais têm de fugir para além das fronteiras nacionais. Para grandes partes da humanidade a vida é miserável, dura, brutal e breve.<sup>1</sup>

A proteção, internacional, regional e nacional, dos direitos humanos, é ainda insuficiente. A luta pelos direitos humanos foi uma das grandes conquistas do século XX e apesar do abrangente sistema de proteção internacional dos direitos humanos atual, quer ao nível dos direitos protegidos, quer do número de Estados vinculados, a implementação das obrigações assumidas e o seu impacto na vida real das populações permanecem insatisfatórios.<sup>2</sup> Existe um consenso internacional alargado sobre um núcleo de ideias de direitos humanos, que está enraizado no direito internacional contemporâneo, mas há igualmente debates vigorosos, marcados nomeadamente pela confrontação ideológica durante a Guerra Fria e atualmente pelas diferentes perspectivas entre o Norte desenvolvido e o Sul em desenvolvimento.<sup>3</sup>

As divergências entre Estados levaram à consagração de um regime diferente para os direitos civis e políticos e para os direitos económicos, sociais e culturais, o que marcou uma separação entre os grupos de direitos que se perpetua ainda hoje. Os direitos económicos, sociais e culturais foram relegados para segundo plano e receberam menor proteção, havendo mesmo quem negue a sua natureza de direitos humanos. Desta diferenciação decorreu igualmente o questionamento da justiciabilidade dos direitos económicos, sociais e culturais por parte da doutrina e da jurisprudência, enquanto que a justiciabilidade dos direitos civis e políticos não é posta em causa. Entende-se por “justiciabilidade” a possibilidade de reclamar uma reparação perante um órgão independente e imparcial em caso de violação provável ou já ocorrida de um direito. Na prática, o titular do direito ou alguém que o represente, deve poder recorrer a um órgão independente e imparcial quando considera que houve uma violação dos deveres

---

<sup>1</sup> RAMCHARAN, Bertrand G. - Contemporary Human Rights Ideas. Rethinking theory and practice, p. 1.

<sup>2</sup> CONFORTI, Benedetto; FRANCIONI, Francesco (eds.) – Enforcing International Human Rights in Domestic Courts, p. 15.

<sup>3</sup> RAMCHARAN - Contemporary Human Rights Ideas... p. 1.

decorrentes de um direito.<sup>4</sup>

O presente trabalho pretende analisar a justiciabilidade dos direitos económicos, sociais e culturais, em particular do direito à saúde, e perceber que papel tem tido na proteção e afirmação dos direitos ESC a nível mundial.

Em primeiro lugar, identificam-se as principais razões históricas que levaram à separação dos direitos humanos entre civis e políticos e económicos, sociais e culturais, e à sua previsão ao nível internacional em dois pactos. Expõem-se as construções doutrinárias que ajudaram a fundamentar esta diferenciação, bem como aquelas que têm vindo a pô-la em causa, nomeadamente com base na universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos. É ainda apresentada a doutrina relativa à tipologia das obrigações dos Estados decorrentes dos direitos humanos, anteriormente também baseada na diferença entre direitos civis e políticos e direitos económicos, sociais e culturais, mas que atualmente tende a aplicar-se a todos os direitos humanos sem distinção.

Segue-se um capítulo dedicado aos direitos económicos, sociais e culturais, no qual são focadas as obrigações dos Estados em relação aos direitos previstos no Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, com o intuito de perceber as especificidades dos direitos económicos, sociais e culturais. Desenvolve-se também o direito à saúde, a sua consagração nos tratados internacionais de direitos humanos, bem como a concretização das obrigações dos Estados pelo Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais no Comentário Geral n.º 14, sobre o direito ao melhor estado de saúde possível de atingir, tendo em vista perceber o conteúdo deste direito.

Focam-se também os mecanismos de proteção existentes aos níveis internacional, regional e nacional, primeiro em relação aos direitos humanos em geral e seguidamente em relação aos direitos económicos, sociais e culturais, para perceber o nível de proteção destes últimos em particular, nomeadamente em comparação com os direitos civis e políticos.<sup>5</sup>

Identificam-se subsequentemente as principais críticas feitas aos direitos económicos, sociais e culturais que alegadamente fundamentam as diferenças de regime existentes, bem como os

---

<sup>4</sup> CURTIS, Christian – Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative Experiences of Justiciability, p. 7-8.

argumentos da parte da doutrina que as refuta, numa tentativa de perceber se as diferenças de regime entre os direitos são justificadas ou se, pelo contrário, resultam mais de razões políticas do que de questões substanciais.

Aproximando-nos do foco principal do trabalho, são a seguir identificadas as principais posições da doutrina em relação à justiciabilidade dos direitos económicos, sociais e culturais, contra e a favor, para perceber a argumentação que existe em torno do recurso aos tribunais e aos órgãos quase-judiciais existentes em caso de violações desses direitos. Identificam-se assim os mecanismos judiciais e quase-judiciais a que os particulares podem recorrer para fazer valer os seus direitos ESC em caso de violação aos níveis internacional, regional e nacional.

O trabalho prossegue com a identificação de decisões de órgãos judiciais e quase-judiciais que ilustram a tendência de reconhecimento da justiciabilidade dos direitos económicos, sociais e culturais e, conseqüentemente, o reforço da proteção destes direitos. Os casos dizem respeito a diferentes regiões do globo e a diferentes países, incluindo países em vias de desenvolvimento e países desenvolvidos. Pretende-se perceber a situação atual da justiciabilidade dos direitos económicos, sociais e culturais a nível mundial, apesar de não ser de forma exaustiva. Este percurso é feito por temas relevantes identificados pela doutrina, para melhor explicitar a evolução da justiciabilidade dos direitos económicos, sociais e culturais e, sempre que possível, incluem-se casos que ilustram a evolução da justiciabilidade e do direito à saúde em particular. Pretende-se ilustrar com exemplos concretos o papel que a justiciabilidade dos direitos económicos, sociais e culturais tem desempenhado na proteção e na afirmação destes direitos.



## 2. Os direitos humanos

### 2.1. O regime de proteção dos direitos humanos

Apesar de haver uma aceitação alargada do princípio dos direitos humanos ao nível nacional e internacional, não existe acordo em relação à natureza ou ao âmbito dos direitos humanos, ou seja, em relação à sua definição.<sup>5</sup> Nas palavras do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (Comité dos DESC): “*Os direitos humanos são direitos fundamentais, inalienáveis e universais que pertencem a cada indivíduo e, em certas circunstâncias, a grupos de indivíduos e comunidades. Os direitos humanos são fundamentais e inerentes à pessoa humana...*”.<sup>6</sup> Os direitos humanos são os direitos que cada um tem pelo mero facto de ter nascido, sem que qualquer outra condição suplementar seja necessária.<sup>7</sup> Sendo universais, são aplicáveis a todas as sociedades humanas.<sup>8</sup>

O atual regime de proteção internacional dos direitos humanos encontra-se essencialmente previsto na Carta Internacional dos Direitos Humanos e em instrumentos subsequentes adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas e ratificados por um número elevado de Estados, bem como no direito consuetudinário. A Carta Internacional dos Direitos Humanos é composta pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e pelo Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

Este regime foi estabelecido na sequência da ratificação e entrada em vigor da Carta das Nações Unidas, em 1945, em reação às barbáries e sofrimentos da II Guerra Mundial. A Carta afirma, no seu preâmbulo, “... *a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas...*”. O artigo 3.º da Carta identifica como um dos objetivos das Nações Unidas “*Realizar a cooperação internacional, resolvendo os problemas internacionais de carácter económico, social, cultural ou humanitário, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião*”. Por sua vez, o seu artigo 55.º estatui que as Nações Unidas

---

<sup>5</sup> STEINER, Henri J.; ALSTON, Philip – International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals, p. 169-170.

<sup>6</sup> Comité dos DESC, Comentário Geral n.º 17, sobre o direito de todos a beneficiar da proteção dos interesses morais e materiais que decorrem de toda a produção científica, literária ou artística de que cada um é autor, par. 1.

<sup>7</sup> SSENYONJO, Manisuli - Economic, Social and Cultural Rights in International Law, p. 9.

<sup>8</sup> STEINER, Henri J.; ALSTON, Philip – International Human... p. 170.

promoverão “*O respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião*”.<sup>9</sup> Apesar de a Carta das Nações Unidas não ter definido o conteúdo dos direitos humanos, criou a obrigação para os Estados Partes de promoverem o seu respeito e lançou desta forma as bases do regime internacional.<sup>10</sup>

A DUDH foi adotada por unanimidade pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, tendo consolidado num texto os direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana.<sup>11</sup> A DUDH transcende atualmente o caráter de resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas já que a maioria dos autores considera que constitui direito internacional consuetudinário, que vincula os Estados independentemente da ratificação das convenções e tratados de direitos humanos. A Declaração consagra direitos civis, políticos, económicos, sociais e culturais lado a lado, para além de dela constarem igualmente os princípios fundamentais de proibição de qualquer discriminação negativa no gozo dos direitos e de igualdade perante a lei.<sup>12 13</sup>

Na sequência da adoção da DUDH, tinha sido prevista pela Assembleia Geral das Nações Unidas a adoção de um instrumento único para consagrar os direitos humanos proclamados na Declaração, que trataria conjuntamente todos os direitos humanos. No entanto, em vez disso, foram aprovados dois instrumentos pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1966, o PIDCP e o PIDESC, o primeiro dedicado aos direitos civis e políticos (direitos CP) e o segundo aos direitos económicos, sociais e culturais (direitos ESC). As principais razões identificadas pelos autores para a adoção de dois tratados em vez de um são o início da Guerra Fria e a clivagem progressiva entre os dois blocos, tendo cada um dos blocos favorecido uma categoria de direitos humanos: os Estados ocidentais privilegiaram os direitos dos indivíduos em relação ao Estado, ou seja, os direitos-liberdades, enquanto os Estados do bloco socialista privilegiaram os direitos económicos e sociais.<sup>14</sup> Acresce que algumas agências especializadas da ONU, lideradas pela Organização Internacional do Trabalho, cujo trabalho foi fundamental para a consagração e afirmação dos direitos ESC, tiveram um papel determinante na separação em dois pactos e nas diferenças de regime previstas em cada um deles, na medida em que se opuseram à instauração de um regime que conduziria à definição e elaboração de direitos e de padrões que

---

<sup>9</sup> CHATTON, Gregor T. – Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels, p. 57.

<sup>10</sup> SSENYONJO - Economic, Social and Cultural... p. 7.

<sup>11</sup> EIDE – Economic, Social... p. 3.

<sup>12</sup> DUDH, Art. 7º.

<sup>13</sup> CHATTON – Vers la pleine reconnaissance... p. 60.

<sup>14</sup> CHATTON – Vers la pleine reconnaissance... p. 132.

até então se encontravam exclusivamente na sua esfera de atuação.<sup>15</sup>

Apesar da adoção de dois pactos distintos, estes apresentam aspetos comuns, nomeadamente o facto de partilharem o mesmo preâmbulo, vários princípios gerais e alguns artigos, de entre os quais se destaca o direito dos povos à autodeterminação, a proibição da discriminação e a igualdade entre homens e mulheres.<sup>16</sup> No entanto, os pontos que os separam são mais acentuados. O PIDCP prevê que cada Estado Parte “*compromete-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se encontrem nos seus territórios e estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem qualquer distinção...*”, enquanto o PIDESC refere que os Estados se comprometem a agir “*de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas*”. O PIDCP menciona o termo “direitos” mais frequentemente e reconhece-os a todo o indivíduo, enquanto que o PIDESC identifica como destinatários do Pacto os Estados Partes. É ainda relevante mencionar que a formulação dos direitos constante do PIDESC tem tendência a ser mais vaga e indeterminada do que a do PIDCP.

A questão dos mecanismos de controlo determinou a separação em dois pactos, na medida em que não foi possível chegar a um acordo entre os dois blocos de países quanto à instauração de um mecanismo de queixas individuais. Assim, no caso dos dois pactos foi previsto um sistema de relatórios periódicos. O PIDCP foi adicionalmente dotado, desde o início, de um mecanismo de comunicações entre Estados,<sup>17</sup> de um mecanismo de comunicações individuais e de um órgão específico de controlo e aplicação do tratado, o Comité dos Direitos do Homem. Em relação ao PIDESC, a Assembleia Geral das Nações Unidas não adotou mecanismos específicos. Apenas em 2008, com entrada em vigor em 2013, foi adotado um Protocolo Facultativo ao PIDESC que prevê um mecanismo de apresentação de comunicações.<sup>18</sup> A criação de um órgão específico de controlo e aplicação do tratado foi recusada, tendo a tarefa do exame dos relatórios periódicos dos Estados sido confiada ao Conselho Económico e Social (ECOSOC).<sup>19</sup> Os dois pactos internacionais entraram em vigor em 1976 e contam atualmente com um número considerável de ratificações: o PIDCP foi ratificado por 168 Estados e o PIDESC por 164.<sup>20</sup>

---

<sup>15</sup> CHATTON – Vers la pleine reconnaissance... p. 144.

<sup>16</sup> CHATTON – Vers la pleine reconnaissance... p. 140.

<sup>17</sup> PIDCP, Art. 41º e ss.

<sup>18</sup> CHATTON – Vers la pleine reconnaissance... p. 141-142.

<sup>19</sup> CHATTON – Vers la pleine reconnaissance... p. 61.

<sup>20</sup> <http://indicators.ohchr.org/> (consultada a 2 de agosto de 2016).

Esta divisão em dois pactos contribuiu para a instauração de uma dicotomia no pensamento e na prática em relação aos direitos humanos, tendo-se tornado comum considerar duas categorias: os direitos CP e os direitos ESC. Os direitos CP receberam mais atenção, enquanto os direitos ESC foram frequentemente negligenciados e relegados para segundo plano, o que será desenvolvido ao longo deste trabalho.

É ainda relevante fazer uma referência, mesmo que breve, à justiça penal internacional, que não incide sobre o conjunto dos direitos humanos, mas apenas sobre as violações mais graves (ex. genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra), garantindo o julgamento dos crimes mais graves por tribunais internacionais, caso os sistemas nacionais não julguem os crimes em causa.<sup>21</sup> O julgamento destes crimes revela-se de grande importância quer ao nível da luta contra a impunidade, quer ao nível da responsabilização pelas violações cometidas e da reparação às vítimas.<sup>22</sup> Destaca-se o papel que o Tribunal Penal Internacional e os tribunais *ad hoc* para o Camboja, o Ruanda, a Serra Leoa e a ex-Jugoslávia, têm desempenhado ao nível nacional e internacional na afirmação da justiça penal internacional e na prevenção destes crimes.<sup>23</sup>

Ao mesmo tempo que o sistema internacional de proteção universal dos direitos humanos se desenvolveu, alguns sistemas regionais foram também criados, nomeadamente os sistemas europeu (o mais desenvolvido ao nível jurisdicional), interamericano e, um pouco mais tarde, africano. A dicotomia entre direitos CP e direitos ESC foi transposta para os sistemas europeu e americano, enquanto que o sistema africano consagrou todos os direitos humanos sem diferenciação. Apesar deste facto, os sistemas europeu e americano têm vindo, progressivamente, a integrar os direitos económicos, sociais e culturais no seu catálogo de direitos humanos e a reforçar a sua proteção.

É uma regra de direito consuetudinário internacional que cada governo é o primeiro responsável pela proteção dos direitos humanos das pessoas sujeitas à sua jurisdição e nessa medida qualquer Estado deveria ser capaz de demonstrar que tem implementado um sistema de proteção nacional dos direitos humanos adequado e efetivo.<sup>24</sup> Quando tal proteção do Estado falta, esta pode ser exercida regional ou internacionalmente.<sup>25</sup> A título de exemplo, podem identificar-se

---

<sup>21</sup> Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, Art. 5º nº 1.

<sup>22</sup> RAMCHARAN - Contemporary Human Rights Ideas... p. 168.

<sup>23</sup> FELLOUS, Gérard – Les droits de l'homme: une universalité menacée, p. 244.

<sup>24</sup> RAMCHARAN - Contemporary Human Rights Ideas...p. 135.

<sup>25</sup> RAMCHARAN - Contemporary Human Rights Ideas...p. 135.

casos de violações dos direitos humanos pelo próprio governo, casos em que a legislação nacional ou as políticas judiciais são inconsistentes com os padrões internacionais de direitos humanos, casos em que o sistema judicial nacional falha, casos de conflito ou de emergência, ou ainda outros, tais como por exemplo a crise migratória ou a escravidão.<sup>26</sup>

## 2.2. A classificação dos direitos humanos

A doutrina tem elaborado diversas classificações dos direitos humanos. Uma das classificações que teve maior aceitação foi a que separa os direitos humanos em três gerações: a primeira geração é relativa aos direitos CP, a segunda aos direitos ESC e a terceira geração aos direitos coletivos ou direitos de solidariedade.

No que respeita à primeira geração, os direitos CP são tradicionalmente conceptualizados como direitos negativos na medida em que implicariam a não intervenção do Estado e seriam imediatamente aplicáveis, bem como justiciáveis.<sup>27</sup>

Quanto aos direitos ESC, de segunda geração, são por muitos considerados como direitos positivos que exigiriam a intervenção do Estado, seriam de realização meramente progressiva e a sua implementação estaria sujeita aos recursos disponíveis do Estado. Acresce que estes direitos não seriam justiciáveis com base no argumento de que não seriam de aplicação imediata, constituindo meros princípios e objetivos programáticos, não vinculativos.<sup>28</sup>

Os direitos de terceira geração, coletivos ou de solidariedade, consistem nos direitos que não podem apenas ser exercidos individualmente, tais como os direitos ao desenvolvimento, à autodeterminação, à paz, ao ambiente e à assistência humanitária. Esta terceira geração, que reflete principalmente preocupações dos países em vias de desenvolvimento, é geralmente vista como emergente e não como integrante do direito internacional dos direitos humanos na medida em que não é reconhecida por diversos Estados.<sup>29</sup>

Apesar de se ter generalizado, esta classificação é problemática na medida em que faz uma diferenciação entre os direitos e sugere uma hierarquia entre eles não justificada por razões

---

<sup>26</sup> RAMCHARAN - Contemporary Human Rights Ideas...p. 135.

<sup>27</sup> SSENYONJO - Economic, Social and Cultural... p. 9-10.

<sup>28</sup> PIDESC, Art. 2º.

<sup>29</sup> SSENYONJO - Economic, Social and Cultural... p. 12.

substantivas, como se verá adiante, tendo contribuído para acentuar a diferenciação entre os direitos CP e os direitos ESC e para pôr em causa a universalidade dos direitos humanos. Vários autores discordam desta separação, nomeadamente Manfred Novak, segundo o qual, de uma perspectiva jurídica, o direito internacional dos direitos humanos pode essencialmente ser caracterizado como a soma dos direitos civis, políticos, económicos, sociais, culturais e coletivos consagrados nos instrumentos internacionais e regionais de direitos humanos ou no direito consuetudinário.<sup>30</sup>

A este respeito, é relevante referir a tendência dos tratados de direitos humanos mais recentes de referir indistintamente todos os direitos, civis e políticos e os direitos económicos, sociais e culturais, e de prever o mesmo regime para todos eles. São disso exemplos a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 1979, a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006. A adoção, em 2008, do Protocolo Facultativo ao PIDESC que cria um mecanismo de comunicações veio igualmente reforçar a igualdade entre os direitos CP e os direitos ESC.<sup>31</sup>

### 2.3. As características dos direitos humanos

Como já referido, a DUDH reconhece que os seres humanos têm direitos civis, políticos, económicos, sociais e culturais sem fazer distinção entre os direitos humanos. Ao nível da ONU, é reconhecido que os direitos humanos consagrados nos dois pactos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, ou seja, que formam um corpo único e unificado de direitos, que deve receber um tratamento equivalente e não hierarquizado, nomeadamente desde a Proclamação de Teerão, de 1968, e reforçado pela Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993 e pela resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas de 2006 que procede à criação do Conselho de Direitos Humanos (CDH).<sup>32</sup> Apesar de esta categorização ser usada de forma generalizada pela ONU, esta não definiu estes termos, o que tem sido feito pela doutrina.

A universalidade dos direitos humanos refere-se ao facto de que estes se aplicam a todas as pessoas sem qualquer distinção e em qualquer lugar, reconhecendo a igualdade entre todos. A

---

<sup>30</sup> KÄLIN, Walter; KÜNZLI, Jörg – The Law of International Human Rights Protection, p. 32.

<sup>31</sup> ROMAN, Diane [et al.] - « Droits des Pauvres, Pauvres Droits ? » Recherches sur la Justiciabilité des Droits Sociaux, p. 24.

<sup>32</sup> Assembleia Geral das Nações Unidas - Conselho de Direitos Humanos, Resolução n.º 60/251, par. 3.

sua indivisibilidade refere-se à necessidade de considerar os direitos humanos como parte de um todo indivisível e inseparável, sendo que nenhum direito humano pode ser inteiramente realizado e consequentemente efetivo sem que os outros direitos humanos sejam igualmente inteiramente realizados.<sup>33</sup> Na prática tal significa, por exemplo, que um direito não pode ser negado a uma pessoa com o fundamento de que é menos importante do que outro direito ou de que não é essencial. A indivisibilidade opõe-se também a que seja dada prioridade na implementação de uma geração de direitos humanos em relação a outras. Quanto ao facto de os direitos humanos serem interdependentes e inter-relacionados, significa que o gozo de um direito humano em particular está dependente do gozo de todos os outros direitos humanos, ou seja, a realização de um direito é necessária, ou pelo menos útil, à realização dos outros direitos humanos.<sup>34</sup>

Apesar de receberem uma aceitação alargada por parte da comunidade internacional, a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, são alvo de críticas por outra parte dela. Enquanto alguns dos interesses principais que os direitos humanos protegem são defendidos pelos principais sistemas do mundo, tais como o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, outros não conseguem reunir o mesmo apoio generalizado, do que são exemplos a liberdade de expressão e a não discriminação baseada no género ou na orientação sexual. Acresce que não existe consenso em relação, por exemplo, à interpretação dos direitos, aos limites ao seu exercício, à sua importância relativa quando entram em conflito com outros direitos ou à sua aplicação na prática.<sup>35</sup>

#### 2.4. A tipologia das obrigações dos Estados Partes

A conceção doutrinal das obrigações estaduais relativas aos direitos humanos e decorrentes, nomeadamente dos artigos 2.º e 3.º de ambos os Pactos Internacionais (PIDCP e PIDESC), tem evoluído. A categorização tradicional, que contrapunha obrigações positivas e negativas, e segundo a qual os direitos CP implicariam uma mera abstenção do Estado, enquanto os direitos ESC implicariam uma intervenção por parte do Estado que os tornava relativos, foi criticada e contrariada pela doutrina com o argumento de que todos os direitos, sem distinção, podem justificar uma ação ou uma abstenção do Estado.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> RANDALL, Maya Hertig ; HOTTELIER, Michel [et al.] – Introduction aux droits de l’homme, p. 52.

<sup>34</sup> RANDALL – Introduction aux droits de l’homme, p. 52.

<sup>35</sup> SHELTON, Dina [et al.] – The Oxford Handbook of International Human Rights Law, p. 671.

<sup>36</sup> ROMAN - « Droits des Pauvres, Pauvres Droits ? »... p. 29.

Esta categorização foi substituída por uma outra que tem reunido larga aceitação, inicialmente proposta por Henry Shue e posteriormente completada por outros autores, que propõe que os direitos humanos impõem aos Estados três tipos ou níveis de obrigações: de respeitar, de proteger e de realizar.<sup>37</sup>

O dever de respeito proíbe violações pelo Estado dos direitos dos cidadãos que se encontram sob a sua jurisdição. A título de exemplo, os Estados devem respeitar os recursos detidos pelos particulares e a liberdade destes de encontrarem um trabalho.<sup>38</sup>

Quanto ao dever de proteger, este requer que o Estado proteja os seus cidadãos contra violações dos seus direitos por terceiros. Neste caso está em causa uma obrigação negativa: garantir que outros não violem os direitos humanos em relação aos quais o Estado se comprometeu internacionalmente. Um exemplo é o caso em que o Estado falha em assegurar o cumprimento dos padrões laborais pelos empregadores.<sup>39</sup>

Por último, o dever de realizar implica um papel ativo do Estado, em que este tem diretamente o dever de agir, o qual pode tomar diversas formas, tais como medidas legislativas, administrativas, orçamentais, judiciais ou outras. Neste caso, um Estado não cumpre o seu dever se, por exemplo, falhar em disponibilizar à população um sistema básico de saúde. O dever de realizar pode ser subdividido nos deveres de promover, de facilitar e de proporcionar. O dever de promover consiste, por exemplo, na realização de campanhas informativas junto da população. Por seu turno, o dever de facilitar implica que o Estado deve adotar medidas positivas que possibilitam e apoiam os indivíduos no gozo dos seus direitos, por exemplo do direito à saúde. Quanto ao dever de proporcionar, quando os indivíduos ou grupos de indivíduos não conseguem realizar os direitos por si próprios, o Estado está vinculado a proporcionar-lhes esses direitos, o que normalmente implica a alocação de fundos. Exemplos são os casos em que o Estado proporciona o acesso a medicamentos ou a escolas.<sup>40</sup>

O Comité dos DESC tem recorrido a esta tipologia em vários dos seus comentários gerais,

---

<sup>37</sup> EIDE – Economic, Social... p. 25.

<sup>38</sup> RIEDEL, Eibe [et al.] - Economic, Social and Cultural Rights in International Law. Contemporary Issues and Challenges, p. 18.

<sup>39</sup> RIEDEL - Economic, Social and... p. 19.

<sup>40</sup> RIEDEL - Economic, Social and... p. 19-20.



considerando-a uma ferramenta analítica útil. Adicionalmente, diversas ONG e instituições nacionais de direitos humanos também concordam com a sua utilização.<sup>41 42</sup> É ainda relevante referir que esta tipologia consta das Diretrizes de Maastricht sobre as violações dos direitos ESC, adotadas por uma conferência internacional de peritos, refletindo assim a sua aceitação generalizada pelos publicistas mais qualificados das diferentes nações.<sup>43</sup>

Algumas críticas suscitadas contra esta tipologia consideram que ela não é clara e que podem existir dúvidas sobre qual dos deveres está em causa. O Comité dos DESC refutou estas críticas declarando que os três tipos de violação podem ocorrer, individualmente ou em combinação, apesar de normalmente apenas um deles ser usado em cada caso concreto. Isto porque tendencialmente todos os direitos humanos podem implicar deveres de respeito, de proteção e de realização dos Estados.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> RIEDEL - Economic, Social and... p. 18.

<sup>42</sup> Por exemplo, nos comentários gerais do Comité dos direitos ESC n.os 12, sobre o direito a uma alimentação adequada, 13, sobre o direito à educação, 14, sobre o direito ao melhor estado de saúde possível de atingir e 15, sobre o direito à água.

<sup>43</sup> Princípios de Limburgo sobre a Implementação do PIDESC, par. 8.

<sup>44</sup> EIDE – Economic, Social... p. 23-24.

#### 3. Os direitos económicos, sociais e culturais

Conforme mencionado anteriormente, o PIDESC é o tratado internacional de âmbito global mais completo relativo aos direitos ESC, incluindo uma variedade de direitos económicos, sociais e culturais, tais como:<sup>45</sup>

- i) o direito ao trabalho e a condições de trabalho justas e favoráveis; ao repouso e lazer; de formar e filiar-se livremente em sindicatos e de greve;
- ii) o direito à segurança social; à proteção da família, das mães e das crianças e adolescentes;
- iii) o direito a um nível de vida suficiente, incluindo alimentação, vestuário e alojamento;
- iv) o direito de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir;
- v) o direito à educação;
- vi) o direito de participar na vida cultural e de beneficiar do progresso científico e das suas aplicações.

Existem outros instrumentos internacionais que contemplam também direitos ESC, nomeadamente tratados internacionais sobre matérias específicas, tais como os relativos ao genocídio, à tortura, à discriminação racial, à discriminação contra as mulheres e aos direitos das crianças,<sup>46</sup> bem como tratados adotados no âmbito de agências especializadas da ONU e de organizações regionais.<sup>47</sup>

São identificadas a seguir as principais obrigações que impendem sobre os Estados decorrentes do PIDESC tendo em vista a realização dos direitos ESC. Complementarmente ao PIDESC, no que respeita à natureza e âmbito das obrigações dos Estados Partes, é também relevante referir os Princípios de Limburgo sobre a Implementação do PIDESC, de 1986, e as Diretrizes de Maastricht sobre as Violações de direitos ESC, de 1997, os quais, apesar de não serem juridicamente vinculativos, constituem meios subsidiários de interpretação do Pacto, como “...*doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações...*”.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> SSENYONJO - Economic, Social and Cultural... p 3.

<sup>46</sup> CHATTON – Vers la pleine reconnaissance... p. 63.

<sup>47</sup> EIDE – Economic, Social... p. 17.

<sup>48</sup> Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, Art. 38º nº 1 alínea d).

### 3.1. As obrigações dos Estados no âmbito do PIDESC

As principais obrigações dos Estados Partes quanto aos direitos ESC encontram-se previstas no artigo 2.º n.º 1 do PIDESC, do qual consta a obrigação legal geral que engloba todos os direitos substantivos protegidos pelo Pacto: *“Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos económico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas.”*

O Comité dos DESC concretizou as obrigações dos Estados Partes decorrentes do artigo 2.º n.º 1, nomeadamente, no seu Comentário Geral n.º 3 sobre a natureza das obrigações dos Estados Partes, as quais são a seguir desenvolvidas.<sup>49</sup>

#### 3.1.1 A obrigação de adotar medidas por todos os meios apropriados

Segundo o Comité, apesar de o Pacto prever a realização progressiva e admitir restrições aos direitos consagrados no Pacto devido a limitações de recursos disponíveis, também impõe várias obrigações de efeito imediato, nomeadamente a garantia de que os direitos são exercidos sem discriminação e a obrigação de adotar medidas por todos os meios apropriados.<sup>50</sup> No Comentário Geral n.º 3 lê-se: *“... enquanto o Pacto prevê a realização progressiva e admite restrições devido a limitações de recursos disponíveis, também impõe várias obrigações que são de efeito imediato. Dessas, duas são de particular importância para entender a natureza precisa das obrigações dos Estados Partes. Uma dessas (...) consiste no compromisso de garantir que direitos relevantes sejam exercidos sem discriminação.”* e *“A outra refere-se ao compromisso (...) relativo a “adotar medidas.”* A aplicação imediata inclui não apenas medidas legislativas, mas também outras, tais como a possibilidade de recurso a tribunal e a adoção de medidas administrativas, financeiras, educativas ou sociais.<sup>51</sup>

As medidas adotadas devem ser orientadas para o alcance progressivo da plena realização dos direitos previstos no Pacto e não deve haver lugar a medidas regressivas (apenas exceionalmente, mediante fundamentação pelo Estado). Os passos para a realização plena dos direitos previstos no Pacto devem ser adotados pouco tempo depois da entrada em vigor do

---

<sup>49</sup> SSENYONJO - Economic, Social and Cultural... p. 52.

<sup>50</sup> Comité dos DESC - Comentário Geral n.º 3, sobre a natureza das obrigações dos Estados Partes, par. 1 e 2.

<sup>51</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 26-27.

### 3. Os direitos económicos, sociais e culturais

Pacto para cada Estado Parte, e tais passos devem ser deliberados, concretos e orientados para a realização plena dos direitos previstos no Pacto.<sup>52</sup>

O Pacto determina igualmente que os Estados devem garantir a realização dos direitos ESC “...*por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas.*”.<sup>53</sup> A referência explícita às medidas legislativas indica o meio de implementação preferencial, apesar de os Estados terem uma margem de discricionariade. O Comité considera ainda que existe a obrigação de adotar um plano de ação para a implementação progressiva de cada um dos direitos previsto no Pacto.<sup>54</sup> Na prática, os Estados devem ter um programa para respeitar, proteger e realizar os direitos previstos no Pacto.<sup>55</sup>

No que respeita às medidas não-legislativas, várias são consideradas adequadas, nomeadamente medidas administrativas, financeiras, sociais, educativas, de informação e o recurso judicial, que podem ser complementares ou independentes em relação às medidas legislativas.<sup>56</sup>

#### 3.1.2 A obrigação de realização progressiva

O artigo 2.º n.º 1 determina igualmente que as medidas devem ser orientadas “... *para atingir progressivamente a plena efetividade dos direitos reconhecidos pelo Pacto.*”. Assim, a adequabilidade das medidas deve ser analisada tendo como referência esta obrigação de realização progressiva. De acordo com o Comité, a noção de realização progressiva dos direitos ESC ao longo de um período de tempo “... *constitui um reconhecimento do facto de que a plena realização de direitos económicos, sociais e culturais não é possível de ser alcançada num curto espaço de tempo (...) refletindo as situações concretas do mundo real e as dificuldades que envolve para cada país, no sentido de assegurar a plena realização dos direitos económicos, sociais e culturais.*”<sup>57</sup> <sup>58</sup> Conforme já referido acima, na apreciação da obrigação de realização progressiva, o Comité rejeita a adoção de medidas de retrocesso, que causem uma

---

<sup>52</sup> SSENYONJO - Economic, Social and Cultural... p. 53.

<sup>53</sup> Comité dos DESC - Comentário Geral n.º 3, sobre a natureza das obrigações dos Estados Partes, par. 3.

<sup>54</sup> Observações finais do Comité dos DESC, Guatemala, 2003, par. 46.

<sup>55</sup> SSENYONJO - Economic, Social and Cultural... p. 58.

<sup>56</sup> EIDE – Economic, Social... p. 80.

<sup>57</sup> Comité dos DESC - Comentário Geral n.º 3, sobre a natureza das obrigações dos Estados Partes, par. 9.

<sup>58</sup> SSENYONJO - Economic, Social and Cultural... p. 59.

deterioração da proteção dos direitos, considerando-as uma clara violação do Pacto, salvo em casos devidamente justificados.<sup>59</sup>

Esta obrigação de realização progressiva prevista no PIDESC contrasta com a obrigação de aplicação imediata prevista no artigo 2.º n.º 1 do PIDCP, acima transcrita, que obriga os Estados a respeitar e assegurar os direitos previstos no Pacto. Apesar da diferente formulação dos dois pactos, algumas medidas no âmbito do PIDCP são igualmente progressivas. A título de exemplo, o direito a um julgamento justo implica o direito de acesso ao tribunal,<sup>60</sup> o que só pode ser realizado progressivamente num número elevado de Estados. Inversamente, como já referido acima, também no caso do PIDESC se verifica que alguns elementos dos direitos ESC são de aplicação imediata.

### 3.1.3 A obrigação de utilizar até ao máximo dos recursos disponíveis

Ainda segundo o mesmo artigo do PIDESC, os Estados devem realizar progressivamente os direitos ESC até ao “...*máximo dos recursos disponíveis*...”. Para o Comité, a monitorização da aplicação deste requisito pressupõe, em primeiro lugar, determinar os recursos disponíveis de um Estado e, em segundo lugar, averiguar se o Estado usou até ao máximo esses recursos. Decorre que um Estado não é obrigado a adotar medidas para além dos recursos disponíveis e que as expectativas são mais elevadas em relação aos Estados com mais recursos.<sup>61</sup>

### 3.1.4 A obrigação de garantir um nível essencial mínimo de cada um dos direitos

Apesar de não se encontrar previsto no PIDESC, o Comité dos DESC, no seu Comentário Geral n.º 3, declara ser “... *da opinião, de que compete a cada Estado Parte a obrigação de assegurar a satisfação de níveis essenciais mínimos de cada um dos direitos. Assim, por exemplo, um Estado Parte em que um número significativo de indivíduos se encontra privado de géneros alimentícios essenciais, de cuidados essenciais de saúde, de abrigo e habitação básicos ou das mais básicas formas de educação, está, à primeira vista, em falha com as suas obrigações em relação ao Pacto*”.

---

<sup>59</sup> SSENYONJO - Economic, Social and Cultural... p. 61.

<sup>60</sup> PIDCP, 14.º.

<sup>61</sup> Declaração sobre a Avaliação da obrigação de agir “...até ao máximo dos recursos disponíveis...” no contexto de um Protocolo Facultativo.

### 3. Os direitos económicos, sociais e culturais

O nível essencial mínimo tem sido descrito como a fundação não negociável de um direito, ao qual todos os indivíduos têm direito em qualquer contexto e circunstância, constituindo o nível básico de subsistência necessário para viver em dignidade e não dependendo da situação em cada Estado. As obrigações relativas ao nível essencial mínimo devem ser realizadas imediatamente, às quais se segue a obrigação de realização progressiva de cada um dos direitos.<sup>62</sup> Acresce que este nível essencial mínimo dos direitos não é estático, antes evolui com o tempo. Para o Comité, a falta de recursos não exclui a responsabilidade do Estado, incluindo dos países em vias de desenvolvimento, de assegurar pelo menos um nível essencial mínimo de cada um dos direitos garantidos pelo Pacto.<sup>63</sup> No entanto, os Estados dividem-se quanto à aceitação deste nível essencial mínimo dos direitos ESC, conforme mais à frente será ilustrado através de decisões de tribunais nacionais em ambos os sentidos.

#### 3.1.5 A obrigação de cooperação e assistência internacionais

Ainda de acordo com o artigo 2.º n.º 1 do PIDESC, cada um dos Estados Partes “... *compromete-se a adotar medidas, seja isoladamente, seja através da assistência e cooperação internacionais, especialmente económicas e técnicas...*”, o que é reforçado no artigo 23.º do Pacto que se refere à assistência e cooperação internacionais. O Comité dos DESC considera existir uma obrigação de assistência: “O Comité deseja enfatizar que em concordância com os artigos 55º e 56 da Carta das Nações Unidas, com princípios estabelecidos no direito internacional e com as provisões do próprio Pacto, a cooperação internacional para o desenvolvimento e consequentemente a realização dos direitos ESC é uma obrigação de todos os Estados Partes.”<sup>64 65</sup>

No entanto, a maioria dos países desenvolvidos tem sistematicamente negado a existência de uma obrigação de cooperação e assistência internacionais aos países em vias de desenvolvimento. Apesar de proporcionarem alguma cooperação e assistência de facto, defendem que esta não decorre de uma obrigação internacional, sendo meramente de carácter caritativo.

---

<sup>62</sup> SSENYONJO - Economic, Social and Cultural... p. 67.

<sup>63</sup> Comité dos DESC - Comentário Geral n.º 3, sobre a natureza das obrigações dos Estados Partes, par. 10-11.

<sup>64</sup> Comité dos DESC - Comentário Geral n.º 3, sobre a natureza das obrigações dos Estados Partes, par. 14.

<sup>65</sup> SSENYONJO - Economic, Social and Cultural... p. 77.

#### 4. O direito à saúde em particular

##### 4.1. O direito à saúde no sistema internacional de proteção dos direitos humanos

O direito à saúde tem suscitado alguma confusão e controvérsia pois são utilizadas diversas expressões para o referir, tais como “direito à saúde”, “direito a cuidados de saúde” e “direito à proteção da saúde”. A expressão mais utilizada ao nível da ONU, e utilizada neste trabalho, é a expressão “direito à saúde”, pois está mais em consonância com as disposições dos tratados internacionais que proclamam não apenas o direito a cuidados de saúde, mas também um conjunto de precondições subjacentes à saúde tais como o acesso a água potável, a saneamento adequado, à saúde ambiental e à saúde ocupacional. Acresce que o direito à saúde não é um direito a ser saudável, nem cobre tudo o que envolve a saúde uma vez que outros direitos humanos são igualmente importantes para a proteção da saúde dos indivíduos. O direito à saúde é comumente considerado um direito económico, social e cultural. É económico e social na medida em que procura assegurar que o indivíduo não sofre injustiças sociais e económicas no que respeita à sua saúde. É cultural pois procura garantir que os serviços de saúde estão suficientemente adaptados ao contexto cultural dos indivíduos.<sup>66</sup>

A Carta das Nações Unidas faz uma referência à saúde no artigo 55.º, segundo o qual as Nações Unidas promoverão “*A solução dos problemas internacionais económico, sociais, de saúde e conexos, bem como a cooperação internacional, de carácter cultural e educacional*”. Subsequentemente, a OMS formulou no Preâmbulo da sua Constituição, que entrou em vigor em 1948, que “*A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade*” e que “*Goçar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição económica ou social*”.<sup>67</sup> Esta definição da Constituição da OMS foi criticada e as expressões “*completo bem-estar*” e “*social*” foram acusadas de serem nebulosas, tendo a maioria dos textos adotados posteriormente evitado segui-las.<sup>68</sup> Dois anos mais tarde, a DUDH integrou o direito à saúde no direito a um nível de vida suficiente, constante no artigo 25.º: “*Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias*

---

<sup>66</sup> EIDE – Economic, Social... p. 170.

<sup>67</sup> ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. v.

<sup>68</sup> ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. 5.

*independentes da sua vontade” e “A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimónio, gozam da mesma proteção social.”.* Desde então, o direito à saúde foi incluído num número considerável de tratados de direitos humanos ao nível internacional e regional.

O PIDESC é o instrumento internacional mais importante quanto ao direito à saúde, tendo consagrado uma abordagem diferente da da DUDH, ao prever o direito à saúde de forma individualizada e não como um dos elementos do direito a um nível de vida suficiente.<sup>69</sup> Adicionalmente, o Pacto vai além da perspetiva de assistência médica da DUDH e inclui uma definição positiva de saúde. Segundo o seu artigo 12.º:

*“1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir.*

*2. As medidas que os Estados Partes no presente Pacto tomarem com vista a assegurar o pleno exercício deste direito deverão compreender as medidas necessárias para assegurar:*

- a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o seu desenvolvimento da criança;*
- b) O melhoramento de todos os aspetos de higiene do meio ambiente e da higiene industrial;*
- c) A profilaxia, tratamento e controlo das doenças epidémicas, endémicas, profissionais e outras;*
- d) A criação de condições próprias a assegurar a todas as pessoas serviços médicos e ajuda médica em caso de doença.”*

Este artigo está dividido em duas partes, uma genérica, no primeiro parágrafo, e outra que enumera metas ilustrativas para a realização do direito, no segundo parágrafo,<sup>70</sup> sem identificar medidas concretas a adotar, deixando a sua escolha na disponibilidade dos Estados.<sup>71</sup>

Em 1978, a Declaração de Alma-Ata sobre Cuidados Primários de Saúde, que resultou da primeira Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, reafirmou o caráter de direito humano fundamental do direito à saúde e acrescentou que *“a consecução do mais elevado nível de saúde é a mais importante meta social mundial, cuja realização requer, além do sector da saúde, a ação de muitos outros sectores sociais e económicos.”*<sup>72</sup> No ano 2000, a adoção do Comentário Geral n.º 14 pelo

---

<sup>69</sup> ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. 7.

<sup>70</sup> ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. 7.

<sup>71</sup> ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. 40.

<sup>72</sup> Declaração de Alma-Ata, par I.



Comité dos DESC, sobre o direito ao melhor estado de saúde possível de atingir, foi crucial para o desenvolvimento do direito à saúde pois, ao concretizar as componentes fundamentais do direito, passou a permitir uma melhor análise das intervenções relacionadas com a saúde na perspectiva dos direitos humanos. O comentário concretiza o artigo 12.º do Pacto e, apesar de não ser vinculativo, tem sido utilizado pelos tribunais ao nível regional e nacional para interpretar disposições relacionadas com o direito à saúde.<sup>73</sup>

Em relação aos instrumentos regionais, estes também definem o direito à saúde, nomeadamente a Carta Social Europeia Revista,<sup>74</sup> a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina,<sup>75</sup> o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de direitos ESC<sup>76</sup> e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.<sup>77</sup>

Ao nível nacional, cumpre ainda referir que o direito à saúde se encontra previsto num vasto número de constituições nacionais, sendo a sua formulação variável: algumas constituições formulam obrigações estaduais no domínio da saúde, outras fazem apenas uma referência ao direito, outras incluem-no numa cláusula geral relativa às condições de vida ou ao bem-estar social, enquanto outras ainda o incluem numa seção especial de princípios diretores. Há ainda países onde o direito à saúde não se encontra previsto na constituição, mas apenas na legislação nacional.<sup>78</sup> Mais à frente serão dados exemplos de jurisprudência de tribunais nacionais de países que recorrem a diferentes formas de previsão do direito à saúde no ordenamento jurídico nacional.

#### 4.2. A concretização do direito à saúde pelo Comité dos DESC no Comentário Geral n.º 14

Ao longo dos últimos 20 anos emergiu o consenso de que os elementos essenciais do conteúdo do direito à saúde foram concretizados no Comentário Geral n.º 14 do Comité dos direitos ESC, sobre o direito ao melhor estado de saúde possível de atingir. O Comité explica que o direito à saúde não significa o direito a ser saudável, porque ser saudável é determinado em parte

---

<sup>73</sup> ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. 41.

<sup>74</sup> Carta Social Europeia Revista, Art. 11.º.

<sup>75</sup> Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, Art. 3.º.

<sup>76</sup> Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de direitos ESC, Art. 10.º.

<sup>77</sup> Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, Art. 16.º.

<sup>78</sup> EIDE – Economic, Social... p. 174.

pelos cuidados de saúde, mas também por uma predisposição genética e por fatores sociais. O âmbito do direito à saúde cobre não só elementos específicos do sistema de saúde mas também a realização de outros direitos humanos que contribuem para a saúde.<sup>79</sup> Neste sentido, o Comité interpreta o direito à saúde “... *como um direito inclusivo que não só engloba cuidados de saúde oportunos e apropriados, como também os principais fatores determinantes da saúde, como o acesso a água limpa e potável, condições sanitárias adequadas, um fornecimento adequado de alimentos sãos, uma nutrição adequada, um alojamento adequado, condições de trabalho e do meio ambiente saudáveis e acesso à educação e informação sobre questões relacionadas com a saúde, incluindo a saúde sexual e reprodutiva.*”<sup>80</sup>

No que respeita às obrigações ao nível do sistema de saúde, o Comité explicita que os Estados devem assegurar que os estabelecimentos, bens e serviços públicos de saúde, incluindo os fatores determinantes básicos da saúde, estão disponíveis, acessíveis, são aceitáveis e de boa qualidade. O Comité dos DESC explica cada um destes princípios.<sup>81</sup> ‘Disponibilidade’ refere-se a instalações, bens e serviços não só do sistema de saúde, tais como hospitais, clínicas, profissionais qualificados e medicamentos, mas também aos fatores determinantes da saúde, tais como o acesso a água potável e ao saneamento. A ‘Acessibilidade’ tem quatro dimensões: acessibilidade sem discriminação, acessibilidade física, acessibilidade económica e acessibilidade da informação relacionada com a saúde. A ‘Aceitabilidade’ refere-se ao respeito pela ética médica e pelas sensibilidades culturais. Quanto à ‘Qualidade’, esta é relativa ao facto de as instalações de saúde, bens e serviços serem cientificamente e medicamente apropriados e de boa qualidade, tais como a existência de profissionais qualificados, medicamentos e equipamentos cientificamente aprovados e na validade, água potável e saneamento adequado.<sup>82</sup>

O Comité enumera ainda o que é esperado dos Governos para que estes cumpram os seus deveres de respeito, proteção e realização do direito à saúde.<sup>83</sup> Em relação ao dever de respeito, o Comité identifica, por exemplo, a obrigação de respeitar o igual acesso a serviços de saúde e a de não impedir o acesso a indivíduos ou grupos a esses serviços, bem como a obrigação de se abster de atos que lesem a saúde das pessoas, tais como atividades que causem poluição ambiental. Quanto ao dever de proteger, o Comité considera que os Estados têm a obrigação

---

<sup>79</sup> ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. 9.

<sup>80</sup> Comité dos DESC - Comentário Geral n.º 14, sobre o direito ao melhor estado de saúde possível de atingir, par. 11.

<sup>81</sup> EIDE – Economic, Social... p. 178.

<sup>82</sup> Comité dos DESC - Comentário Geral n.º 14, sobre o direito ao melhor estado de saúde possível de atingir, par. 12.

<sup>83</sup> ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. 10.

de adotar medidas legislativas ou outras para assegurar o igual acesso dos particulares aos serviços de saúde no caso de estes serem proporcionados por terceiros e a obrigação de adotar medidas legislativas ou outras para proteger os particulares de violações a direito à saúde por terceiros. Por último, no que respeita ao dever de realizar, o Comité identifica as obrigações de adotar uma política nacional de saúde, de alocar à saúde uma percentagem suficiente do orçamento disponível e de proporcionar os serviços de saúde necessários ou criar condições de acesso aos serviços de saúde adequadas e suficientes, bem como a água potável e a saneamento adequados.<sup>84 85</sup>

Adicionalmente, o Comité identifica um conjunto de obrigações que fazem parte de um “núcleo mínimo” que é de aplicação imediata:

- “a) Assegurar o direito de acesso aos centros, bens e serviços de saúde de forma não discriminatória, em especial no que respeita a grupos vulneráveis ou marginalizados;*
- b) Assegurar o acesso a uma alimentação essencial mínima que seja nutricionalmente adequada e segura, para assegurar que ninguém passe fome;*
- c) Assegurar o acesso a abrigo, alojamento e condições sanitárias básicos e a um fornecimento adequado de água limpa e potável;*
- d) Facilitar medicamentos essenciais, segundo as definições periódicas que figuram no Programa de Ação sobre Medicamentos Essenciais da OMS;*
- e) Assegurar uma distribuição equitativa de todas as instalações, bens e serviços de saúde;*
- f) Adotar e implementar uma estratégia de saúde pública nacional e um plano de ação, tendo como base provas epidemiológicas para fazer frente às questões de saúde de toda a população; a estratégia e plano de ação devem ser elaborados e periodicamente revistos, tendo como base um processo participativo e transparente; essa estratégia e plano de ação devem incluir métodos, como indicadores e bases de referência da saúde, que permitam vigiar de perto os progressos realizados; o processo mediante o qual a estratégia e o plano de ação são concebidos, bem como o respetivo conteúdo, devem prestar particular atenção aos grupos vulneráveis ou marginalizados.”<sup>86</sup>*

---

<sup>84</sup> Comité dos DESC - Comentário Geral n.º 14, sobre o direito ao melhor estado de saúde possível de atingir, par. 34-37.

<sup>85</sup> EIDE – Economic, Social... p. 180-181.

<sup>86</sup> Comité dos DESC - Comentário Geral n.º 14, sobre o direito ao melhor estado de saúde possível de atingir, par. 43.

### 5. Os mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos

A proteção dos direitos humanos não pode bastar-se com a sua enumeração e necessita da implantação de mecanismos concretos destinados à sua defesa em caso de violação.<sup>87</sup> Existe uma teia complexa de mecanismos internacionais, regionais e nacionais para monitorizar, julgar, denunciar, exercer pressão sobre os Estados, bem como proporcionar reparação às vítimas de violações dos direitos humanos.<sup>88</sup>

Ao nível internacional, é importante começar por referir que o Conselho de Segurança das Nações Unidas detém o exclusivo do uso de medidas coercivas, de acordo com o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas. Concretamente, o Conselho de Segurança pode, nomeadamente, impor sanções, interromper as comunicações, criar tribunais criminais *ad hoc*, autorizar o uso da força pelos Estados Membros ou deslocar tropas da ONU para pôr fim a uma ameaça à paz e segurança internacionais. Atualmente já se encontra estabelecida a legitimidade e legalidade do uso da força em resposta a crises de direitos humanos, do que são exemplo as intervenções na Bósnia-Herzegovina, no Haiti, no Iraque, na Líbia e na Somália.

É também relevante fazer referência à supervisão política feita por órgãos compostos por representantes dos Estados, de entre os quais se destaca a Assembleia Geral das Nações Unidas e o Conselho de Direitos Humanos (CDH). Estes órgãos adotam resoluções nas quais são denunciadas violações de direitos humanos e é solicitado o cumprimento das obrigações internacionais que impendem sobre os Estados. Esta forma de sanção, apesar de não ser coerciva, é muitas vezes eficaz na prática, pois põe em causa a reputação dos Estados ao nível da comunidade internacional.<sup>89</sup>

No âmbito do CDH, foram criados vários mecanismos que têm vindo a ganhar importância e visibilidade na proteção e monitorização dos direitos humanos em todos os países do mundo e que complementam os mecanismos criados ao nível dos tratados internacionais de direitos humanos das Nações Unidas. Os mais relevantes destes mecanismos são em seguida identificados e brevemente descritos. Segue-se a identificação mais desenvolvida dos mecanismos específicos de proteção dos direitos ESC previstos no âmbito do PIDESC e, por

---

<sup>87</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar - A afirmação dos direitos fundamentais no Estado Constitucional Contemporâneo, p. 22.

<sup>88</sup> ZUNIGA, M. [et al.] – Advancing the Human Right to Health, p. 18.

<sup>89</sup> ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p 19.

último, a identificação dos mecanismos existentes ao nível dos sistemas regionais.

Cumpra ainda referir que ao nível internacional não foi possível chegar a um consenso para a criação de um tribunal ou tribunais que julgassem casos de violação dos direitos humanos no âmbito da Carta Internacional dos Direitos Humanos. Atualmente o recurso judicial é apenas possível em alguns sistemas regionais e ao nível nacional, apesar de existirem várias limitações no caso de violações de direitos ESC, conforme se demonstrará a seguir.

### 5.1. O Conselho de Direitos Humanos e os seus mecanismos subsidiários

O CDH, que substituiu a Comissão de Direitos Humanos em 2006, é o órgão intergovernamental subsidiário da Assembleia Geral das Nações Unidas responsável pela promoção e proteção dos direitos humanos ao nível mundial, no cumprimento das normas de direitos humanos da Carta das Nações Unidas, da Carta Internacional dos Direitos Humanos e de outros tratados internacionais de direitos humanos.

O CDH criou diversos mecanismos subsidiários que promovem a aplicação dos direitos humanos pelos Estados, alguns dos quais são a seguir sumariamente descritos: os procedimentos especiais, o mecanismo de Revisão Periódica Universal e o procedimento de queixa.

#### 5.1.1 Os procedimentos especiais

Os procedimentos especiais consistem em mandatos exercidos por peritos independentes de direitos humanos para estudar assuntos ou países específicos, incluindo casos de alegadas violações, e relatar e aconselhar sobre as suas conclusões.<sup>90</sup> Os seus mandatos são definidos pelas resoluções que os instituem e consequentemente podem variar.<sup>91</sup>

Desde 2002 que existe um Relator Especial sobre o direito à saúde, o qual tem tido um papel complementar em relação à OMS, ajudando a aumentar a visibilidade e a alertar para os principais desafios na área da saúde.

---

<sup>90</sup> Assembleia Geral das Nações Unidas – Conselho de Direitos Humanos, Resolução n.º 60/251, par. 6.

<sup>91</sup> [http://direitoshumanos.gddc.pt/2\\_1/IIPAG2\\_1\\_1.htm#2\\_1\\_1\\_2](http://direitoshumanos.gddc.pt/2_1/IIPAG2_1_1.htm#2_1_1_2) [Consult. 1 ag. 2016].

## 5. Os mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos

### 5.1.2 A Revisão Periódica Universal

Através do Mecanismo de Revisão Periódica Universal (RPU) é analisada a situação de direitos humanos nos países do mundo, todos os cinco anos. O RPU é um processo cooperativo, no âmbito do qual são formuladas recomendações ao Estado visado, que escolhe aquelas que deseja aceitar.<sup>92</sup> O mecanismo tem vindo a ganhar uma relevância crescente ao nível internacional.<sup>93</sup> É relevante referir que mesmo países que não ratificaram o PIDESC viram a sua situação analisada relativamente aos direitos ESC, como foi o caso dos Estados Unidos, em relação ao direito à saúde, em 2010.<sup>94</sup>

### 5.1.3 O procedimento de queixa

O procedimento de queixa permite a apresentação, contra qualquer Estado, de queixas por violações sistemáticas flagrantes de direitos humanos em qualquer parte do mundo e em quaisquer circunstâncias.<sup>95</sup> <sup>96</sup> Podem ser submetidas queixas por indivíduos, grupos ou ONG que sejam vítimas de violações de direitos humanos ou que tenham um conhecimento direto e fiável das violações.<sup>97</sup> Ao contrário dos mecanismos de queixa no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, que são quase-judiciais e cuja decisão incide sobre casos individuais, as decisões do CDH no âmbito deste mecanismo podem apenas consistir, nomeadamente, em descontinuar a análise da situação, em continuar a análise da situação ou em recomendar a realização de cooperação técnica.<sup>98</sup>

## 5.2. Os mecanismos de proteção no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos

---

<sup>92</sup> <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/UPRMain.aspx> [Consult. 1 ag. 2016].

<sup>93</sup> Assembleia Geral das Nações Unidas – Conselho de Direitos Humanos, Resolução n.º 60/251, par 5 alínea e).

<sup>94</sup> ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. 18.

<sup>95</sup> CDH - Resolução n.º 5/1, sobre o estabelecimento das instituições do Conselho de Direitos Humanos, par. 85-ss.

<sup>96</sup> <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/ComplaintProcedure/Pages/HRCComplaintProcedureIndex.aspx> [Consult. 1 ag. 2016].

<sup>97</sup> [http://direitoshumanos.gddc.pt/2\\_1/IIPAG2\\_1\\_1.htm#2\\_1\\_1\\_2](http://direitoshumanos.gddc.pt/2_1/IIPAG2_1_1.htm#2_1_1_2) [Consult. 1 ag. 2016].

<sup>98</sup> CDH - Resolução n.º 5/1, sobre o estabelecimento das instituições do Conselho de Direitos Humanos, par. 109.

### 5.2.1 Os órgãos dos tratados

No âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos das Nações Unidas foram criados diversos órgãos dos tratados, designados por comités, que são órgãos independentes, compostos por peritos independentes, e que monitorizam a implementação pelos Estados Partes dos respetivos tratados.<sup>99</sup> Atualmente existem 10 órgãos dos tratados,<sup>100</sup> que são diferentes entre si, dependendo do papel que é atribuído a cada um deles pelo respetivo tratado ou ato constitutivo. Os órgãos dos tratados mais importantes são os criados no âmbito do PIDCP e do PIDESC: o Comité dos Direitos do Homem e o Comité dos DESC, respetivamente.

### 5.2.2 A apresentação periódica de relatórios pelos Estados Partes

Todos os tratados internacionais de direitos humanos preveem um mecanismo obrigatório de apresentação de relatórios pelos Estados Partes, segundo o qual estes devem apresentar periodicamente um relatório sobre a implementação das suas obrigações no âmbito do tratado em causa. Da análise efetuada em relação aos relatórios dos Estados Partes, os comités dirigem aos Estados os seus próprios relatórios, dos quais constam as suas observações, os quais não são juridicamente vinculativos, mas que são consideradas seriamente pelos Estados pois podem pôr em causa a sua reputação na comunidade internacional.<sup>101</sup>

### 5.2.3 As queixas entre Estados Partes

Alguns tratados preveem também um mecanismo de queixa entre os Estados Partes, obrigatório ou facultativo, o qual permite que um Estado Parte apresente uma queixa contra um outro Estado Parte perante o comité do tratado.<sup>102</sup> No entanto, este procedimento nunca foi utilizado,<sup>103</sup> provavelmente por os Estados terem receio de eventuais retaliações.

### 5.2.4 As queixas individuais ou coletivas

Atualmente existem mecanismos de queixas individuais no âmbito de todos os tratados das Nações Unidas sobre direitos humanos, os quais permitem às vítimas de violações o recurso a

---

<sup>99</sup> KÄLIN – The Law of International... p. 206.

<sup>100</sup> <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TreatyBodies.aspx> [Consult. 8 ag. 2016].

<sup>101</sup> KÄLIN – The Law of International... p. 206.

<sup>102</sup> KÄLIN – The Law of International... p. 206.

<sup>103</sup> <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBTPetitions/Pages/HRTBTPetitions.aspx> [Consult. 5 ag. 2016].

## 5. Os mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos

um procedimento formal perante o respetivo comité contra o Estado que violou as suas obrigações. A aplicação destes mecanismos depende normalmente da sua aceitação pelos Estados partes, por meio de uma declaração ou da ratificação de um protocolo e devem ser previamente esgotadas as vias de recurso nacionais.<sup>104</sup> Os comités são usualmente referidos como órgãos quase-judiciais e as suas decisões não são juridicamente vinculativas. Apesar disso, as decisões dos comités têm um peso e uma autoridade consideráveis na comunidade internacional. O mais importante destes comités é o Comité dos Direitos do Homem, no âmbito do PIDCP.

### 5.2.5 O inquérito

Algumas convenções preveem ainda um procedimento de inquérito, que permite que os comités realizem um inquérito sobre alegadas violações de direitos humanos. Os relatórios resultantes dos inquéritos podem convidar os Estados a adotar medidas consideradas necessárias.<sup>105</sup>

## 5.3. Os mecanismos de proteção específicos dos direitos ESC

Para além dos mecanismos internacionais acima identificados, que se aplicam aos direitos humanos em geral, é relevante analisar em maior detalhe os mecanismos de proteção que foram criados em relação aos direitos ESC, em particular no âmbito do PIDESC, para se perceber se são os mesmos ou se diferem.

### 5.3.1 O ECOSOC e o Comité dos DESC

Conforme já mencionado, ao contrário do PIDCP, o PIDESC não previu a criação de um órgão específico de controlo e aplicação do tratado e determinou que os relatórios periódicos dos Estados devem ser transmitidos ao Conselho Económico e Social das Nações Unidas (ECOSOC).<sup>106</sup> Cedo ficou patente que o ECOSOC não teria capacidade para as tarefas que lhe foram atribuídas pelo Pacto, e em 1985 o ECOSOC criou o Comité dos DESC para o assistir na consideração dos relatórios dos Estados Partes.<sup>107</sup> O facto de o Comité não se encontrar previsto no PIDESC determinou um modo de funcionamento em alguns aspetos semelhante

---

<sup>104</sup> KÄLIN – The Law of International... p. 206-208.

<sup>105</sup> KÄLIN – The Law of International... p. 206.

<sup>106</sup> PIDESC, Arts. 16.º e 17.º.

<sup>107</sup> ECOSOC - Resolução n.º 1985/17, Revisão da composição, organização e disposições administrativas sobre a implementação do PIDESC.



ao dos outros comités e noutros diferente. Por um lado, o Comité dos DESC desenvolveu métodos de trabalho mais rápidos e flexíveis e não tem problemas de financiamento pois é subsidiado pelo orçamento das Nações Unidas. Por outro, na medida em que não se encontra previsto no Pacto, pode ser dissolvido pelo ECOSOC, o que pode levantar questões sobre a sua independência.

### 5.3.2 A apresentação periódica de relatórios pelos Estados Partes

Os Estados Partes no PIDESC comprometem-se a submeter ao Comité dos DESC relatórios periódicos, todos os cinco anos,<sup>108 109</sup> sobre as medidas adotadas e os progressos alcançados na realização dos direitos previstos no Pacto.<sup>110</sup> À semelhança dos outros comités, as observações finais do Comité não são juridicamente vinculativas, mas indicam a avaliação do comité quanto aos progressos na realização das obrigações contidas no Pacto. Adicionalmente, constituem uma orientação quanto ao conteúdo normativo do Pacto. Apesar de depender da vontade de colaboração dos Estados Partes, a identificação de uma violação pelo Comité constitui uma forma de condenação e contribui para chamar a atenção para as violações de direitos humanos pelos Estados, o que tem como efeito prático que as recomendações do Comité são consideradas seriamente pelos Estados.<sup>111</sup>

### 5.3.3 As comunicações interestaduais<sup>112</sup>

Quanto às comunicações entre Estados, criadas pelo Protocolo Facultativo ao PIDESC, que entrou em vigor apenas em 2013, o Comité pode receber comunicações de um Estado Parte alegando a violação por outro Estado Parte das suas obrigações, desde que ambos os Estados tenham declarado reconhecer a competência do Comité para receber este tipo de comunicações. À semelhança dos mecanismos equivalentes no âmbito de outras convenções internacionais de direitos humanos, este mecanismo deverá ser de utilização limitada devido às eventuais implicações diplomáticas e políticas.<sup>113</sup>

---

<sup>108</sup> PIDESC, Art. 16.º e 17.º.

<sup>109</sup> Comité dos DESC – Regras provisórias de procedimento adotadas pelo Comité na sua terceira sessão, regra 58 e ss.

<sup>110</sup> EIDE – Economic, Social... p. 457.

<sup>111</sup> SSENYONJO - Economic, Social and Cultural... p. 28.

<sup>112</sup> Protocolo Facultativo ao PIDESC, Art. 10.º.

<sup>113</sup> SSENYONJO - Economic, Social and Cultural... p. 34.

## 5. Os mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos

### 5.3.4 As comunicações por indivíduos ou grupos de indivíduos<sup>114</sup>

O mecanismo de comunicações foi igualmente introduzido pelo Protocolo Facultativo, tendo sido, até ao momento, ratificado por 21 Estados.<sup>115</sup> A sua falta durante várias décadas não só privou os particulares da possibilidade de recorrerem a mecanismos internacionais de proteção em caso de violação dos seus direitos ESC, como limitou o potencial de desenvolvimento normativo no âmbito do Pacto. Isto porque a falta de decisões sobre casos concretos por um órgão específico de controlo e aplicação do tratado não permitiu o desenvolvimento de padrões que poderiam ter sido utilizados, por exemplo, pelos tribunais nacionais como orientação nas suas decisões.<sup>116</sup>

No âmbito deste procedimento, podem ser submetidas comunicações por indivíduos ou em nome de indivíduos ou de grupos de indivíduos sob a jurisdição de um Estado Parte e relativas à violação de qualquer direito previsto no PIDESC, desde que sejam esgotadas as vias de recurso nacionais. Este procedimento é obrigatório para todos os Estados que ratifiquem o Protocolo Facultativo.<sup>117</sup> O Comité dos DESC aprecia as comunicações e transmite as suas constatações e recomendações às partes. O Estado Parte em causa deverá submeter ao Comité uma resposta escrita às recomendações no prazo de seis meses.<sup>118</sup>

O procedimento de comunicações instituído pelo Protocolo Facultativo deverá vir a contribuir para a implementação das obrigações previstas no PIDESC, nomeadamente através da clarificação do conteúdo das obrigações do Pacto graças à análise de casos concretos, mais específica do que as análises constantes nos comentários gerais. Acresce que a possibilidade de serem apresentadas comunicações, e consequentemente de o Estado ser sujeito ao escrutínio da sua população, deverá servir como elemento dissuasor para o incumprimento do Pacto pelos Estados Partes.

### 5.3.5 O inquérito

O procedimento de inquérito, igualmente introduzido pelo Protocolo Facultativo e também dependente da sua aceitação pelos Estados Partes, pode ser invocado pelo Comité por sua

---

<sup>114</sup> Protocolo Facultativo aos PIDESC, Arts. 1.º e 2.º.

<sup>115</sup> <http://indicators.ohchr.org/>, [Consult. 2 ag. 2016].

<sup>116</sup> EIDE – Economic, Social... p. 467.

<sup>117</sup> PIDESC, Arts. 1.º e 2.º.

<sup>118</sup> PIDESC, Art. 9.º.

própria iniciativa, caso receba informação fidedigna relativa a violações graves e sistemáticas de quaisquer dos direitos previstos no Pacto.<sup>119</sup> Os procedimentos equivalentes existentes no âmbito de outras convenções de direitos humanos têm sido raramente utilizados, o que leva a pensar que o mesmo ocorrerá neste âmbito.

### 5.3.6 Os Comentários Gerais do Comité dos DESC

O Comité desenvolveu ainda a prática de adotar Comentários Gerais, nos quais expõe as suas posições sobre aspetos substantivos e processuais do Pacto.<sup>120</sup> Apesar de não serem vinculativos, os Comentários Gerais representam um instrumento de desenvolvimento normativo e de estabelecimento de padrões em relação aos direitos ESC que tem servido de referência, nomeadamente, aos tribunais nacionais,<sup>121</sup> mesmo se não permitem o mesmo nível de especificidade normativa alcançado através de um sistema de comunicações.<sup>122</sup>

### 5.3.7 As providências cautelares

É ainda importante realçar que o Protocolo Facultativo permite ao Comité dos DESC solicitar a um Estado a adoção de providências cautelares, em circunstâncias excecionais, no caso de vítimas de alegadas violações estarem perante danos irreparáveis, proporcionando desta forma uma oportunidade de proteção dos direitos ESC prévia à adoção da constatação do Comité relativa à comunicação.<sup>123 124</sup>

Em conclusão, apesar de o Protocolo Facultativo prever diversos mecanismos de proteção aplicáveis aos direitos ESC, tem também limitações significativas. Em primeiro lugar, à semelhança das recomendações de outros comités, as recomendações do Comité dos DESC no âmbito do Protocolo Facultativo são não vinculativas. Acresce que, à semelhança dos outros órgãos dos tratados, o número de casos submetidos ao Comité deverá vir a ser limitado, principalmente em comparação com o número de casos submetidos perante os tribunais regionais de direitos humanos.

---

<sup>119</sup> Protocolo Facultativo ao PIDESC, Art. 11.º.

<sup>120</sup> Comité dos DESC – Regras provisórias de procedimento adotadas pelo Comité na sua terceira sessão, regra 65.

<sup>121</sup> SSENYONJO - Economic, Social and Cultural... p. 29.

<sup>122</sup> SSENYONJO - Economic, Social and Cultural... p. 30.

<sup>123</sup> SSENYONJO - Economic, Social and Cultural... p. 36.

<sup>124</sup> Protocolo Facultativo ao PIDESC, Art. 5.º.

## 5. Os mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos

### 5.4. Os mecanismos de proteção no âmbito dos sistemas regionais

Ao nível regional, vários sistemas instituíram mecanismos de proteção dos direitos humanos, incluindo dos direitos ESC, os mais relevantes dos quais são o europeu, o americano e o africano. No resto do globo os sistemas existentes são ainda embrionários.<sup>125</sup> No âmbito destes sistemas regionais foram estabelecidos órgãos de controlo, nomeadamente comissões e tribunais, dos quais se destacam o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos e o Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos. Os mecanismos mais importantes criados por cada um destes três sistemas são a seguir brevemente identificados.

#### 5.4.1 O sistema europeu

O primeiro sistema regional a ser criado foi o sistema europeu no âmbito do Conselho da Europa. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), de 1950, prevê direitos CP e apenas dois direitos ESC (o direito à educação e o direito de propriedade), tendo assim transposto para o nível europeu a separação entre os direitos CP e os direitos ESC. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem recebe, desde 1998, queixas de qualquer Estado contratante e de qualquer particular que se considere vítima de uma violação da Convenção, desde que sejam esgotadas previamente as vias de recurso nacionais. Os acórdãos definitivos do tribunal são vinculativos para os Estados requeridos em causa.<sup>126</sup> O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem é o órgão judicial que ao nível internacional julga maior quantidade de processos na área dos direitos humanos, cerca de mil por ano.<sup>127</sup>

Diferentemente, o regime aplicável aos direitos ESC tem como base a Carta Social Europeia, de 1961, e a Carta Social Europeia Revista, de 1996, que são os tratados mais completos ao nível internacional relativamente aos direitos ESC. No âmbito deste sistema não foi criado um tribunal, mas um comité, o Comité Europeu dos Direitos Sociais, que se pronuncia sobre a observância das disposições da Carta pelos Estados contratantes, de duas formas: análise dos relatórios apresentados bienalmente pelos Estados<sup>128</sup> e opiniões no âmbito do procedimento de queixas coletivas.<sup>129</sup> Este último depende da aceitação do Estado e até ao presente apenas treze

---

<sup>125</sup> RATJEN, Sandra – Adjudicating Economic, Social and Cultural Rights at National Level: A Practitioners Guide, p. 160.

<sup>126</sup> [http://direitoshumanos.gddc.pt/2\\_2/IIPAG2\\_2\\_1\\_4.htm](http://direitoshumanos.gddc.pt/2_2/IIPAG2_2_1_4.htm) [Consult. 3 ag. 2016].

<sup>127</sup> KÄLIN – The Law of International... p. 208.

<sup>128</sup> Carta Social Europeia, Art. 21.º.

<sup>129</sup> Protocolo Adicional à Carta Social Europeia prevendo um Sistema de Reclamações Coletivas, Art. 8º.

Estados ratificaram o Protocolo Facultativo que o prevê.<sup>130</sup> Segundo este procedimento, organizações internacionais e nacionais de trabalhadores e empregadores, bem como determinadas ONG podem submeter reclamações escritas. O Comité elabora um relatório sobre se o Estado contratante em causa assegurou de forma satisfatória a aplicação da Carta, ou não, e comunica-o ao Comité de Ministros, que adota uma resolução com base no relatório do Comité Europeu dos Direitos Sociais.<sup>131</sup> As decisões relativas aos direitos ESC não têm carácter vinculativo, o que marca uma diferença significativa no regime de proteção destes direitos ao nível europeu.

Apesar deste facto, é relevante referir que no âmbito do mecanismo de queixas individuais da CEDH,<sup>132</sup> os órgãos da Convenção não se limitaram à proteção dos direitos CP, e através de uma interpretação dinâmica de alguns direitos CP, tem sido dada proteção a alguns direitos ESC. A título de exemplo, o direito à saúde foi protegido através do direito à vida, o que será exemplificado mais à frente.<sup>133</sup>

Existem outros mecanismos ao nível da União Europeia que conferem proteção aos direitos ESC, como é o caso do recurso ao Tribunal Europeu de Justiça. No entanto, não serão desenvolvidos neste trabalho na medida em que se encontram fora do contexto dos direitos humanos em sentido estrito.<sup>134</sup>

#### 5.4.2 O sistema americano

No âmbito do sistema americano, criado sob a égide da Organização de Estados Americanos, foi adotada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, e o seu Protocolo Adicional em Matéria de Direitos ESC (Protocolo de São Salvador), de 1988.

No âmbito deste sistema foram criados dois órgãos de controlo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, que apreciam apenas a observância das obrigações relativas aos direitos CP. Assim, uma vez esgotadas as vias de

---

<sup>130</sup> <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/158/signatures>, [Consult. 3 ag. 2016].

<sup>131</sup> EIDE – Economic, Social... p. 446.

<sup>132</sup> Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Art. 34.º.

<sup>133</sup> EIDE – Economic, Social... p. 444.

<sup>134</sup> CHURCHILL, Robin R.; KHALIQ, Urfan – The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?, p. 422.

## 5. Os mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos

recurso nacionais, a Comissão tem competência para formular recomendações aos Estados Partes, para analisar petições individuais (competência obrigatória), as quais podem ser apresentadas por qualquer pessoa ou grupo de pessoas e por ONG, e para analisar queixas interestaduais (caso os Estados tenham aceite esta competência da Comissão). O Tribunal, por seu turno, tem competência para examinar casos que lhe sejam apresentados pelos Estados Partes ou pela Comissão, desde que estes casos tenham previamente sido analisados pela Comissão. Esta competência não é obrigatória, tendo os Estados de declarar a sua aceitação. Uma vez aceite, as sentenças do Tribunal são definitivas e obrigatórias.<sup>135 136</sup>

Em relação aos direitos ESC, o Protocolo Adicional acima referido prevê um mecanismo obrigatório de apresentação de relatórios periódicos.<sup>137</sup> Encontra-se igualmente previsto um mecanismo de petições individuais, mas de âmbito restrito, na medida em que podem apenas ser submetidas à Comissão e ao Tribunal petições individuais relativas ao direito de organização e filiação sindical e ao direito à educação, e apenas nos casos em que a alegada violação seja diretamente imputável a um Estado Parte.<sup>138</sup>

### 5.4.3 O sistema africano

O sistema regional africano de proteção dos direitos humanos, que se desenvolveu no seio da União Africana, tem como principal instrumento a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981. A Carta apresenta algumas especificidades, nomeadamente prever um catálogo substancial de direitos CP e direitos ESC, atribuir um papel significativo aos deveres da pessoa humana e consagrar direitos coletivos a par dos direitos individuais.<sup>139</sup> No entanto, é igualmente alvo de críticas, a mais importante das quais não consagrar alguns direitos ESC importantes, tais como os direitos a um nível de vida suficiente, à alimentação, ao alojamento e à segurança social.<sup>140</sup>

Como principais órgãos de direitos humanos, foram criados uma Comissão e um Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos. A Comissão analisa os relatórios bienais dos

---

<sup>135</sup> [http://direitoshumanos.gddc.pt/2\\_4/IIPAG2\\_4\\_1.htm](http://direitoshumanos.gddc.pt/2_4/IIPAG2_4_1.htm) [Consult. 3 ag. 2016].

<sup>136</sup> KÄLIN – The Law of International... p. 208.

<sup>137</sup> Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de DESC, Art. 19.º, n.º 1.

<sup>138</sup> Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de DESC, Art. 19.º n.º 6.

<sup>139</sup> [http://direitoshumanos.gddc.pt/2\\_3/IIPAG2\\_3.htm](http://direitoshumanos.gddc.pt/2_3/IIPAG2_3.htm) [Consult. 3 ag. 2016].

<sup>140</sup> ROMAN - « Droits des Pauvres, Pauvres Droits ? »... p. 135-136.

Estados Partes, examina queixas interestaduais e queixas de outras entidades, incluindo de particulares. No entanto, a Comissão decide que comunicações devem ser por ela analisadas, de entre aquelas que não emanam dos Estados Partes, o que representa uma limitação. Sendo um órgão quase-judicial, as suas recomendações não são vinculativas.<sup>141</sup> À semelhança dos outros sistemas, exige-se que tenham sido esgotadas as vias internas de recurso nacionais. O Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos,<sup>142</sup> cujo Protocolo de criação entrou em vigor em 2004, tem competência para julgar quaisquer casos relativos à interpretação e aplicação da Carta, do Protocolo e de qualquer outro instrumento de direitos humanos ratificado pelo Estado em causa. Podem a ele recorrer a Comissão Africana, os Estados Partes envolvidos numa queixa feita à Comissão, organizações intergovernamentais africanas, ONG com estatuto de observador junto da Comissão e indivíduos, desde que o Estado em causa tenha reconhecido a competência do tribunal para tal.<sup>143 144</sup> Este é o único tribunal ao nível regional que tem competência para receber queixas de indivíduos por violação dos seus direitos ESC.

Do exposto, constata-se que ao nível das Nações Unidas não existem tribunais, mas apenas órgãos quase-judiciais, cujas decisões não são vinculativas para os Estados a que se dirigem. Apesar deste facto, o sistema internacional desempenha um papel importante e as referidas decisões são maioritariamente respeitadas pelos Estados, que não querem que a sua reputação seja posta em causa na comunidade internacional. Os sistemas regionais, por seu lado, conseguiram ir mais além do que o sistema internacional na proteção dos direitos humanos, principalmente devido ao facto de terem criados tribunais, que adotam decisões vinculativas para os Estados Partes e aos quais os particulares podem recorrer, uma vez esgotados os mecanismos de recurso ao nível nacional. No entanto, apresentam algumas limitações, nomeadamente o facto de nos sistemas europeu e americano o acesso aos tribunais ser limitado aos direitos CP, enquanto que as violações relativas aos direitos ESC são deixadas a comités quase-judiciais.

---

<sup>141</sup> [http://direitoshumanos.gddc.pt/2\\_3/IIPAG2\\_3\\_1.htm](http://direitoshumanos.gddc.pt/2_3/IIPAG2_3_1.htm) [Consult. 3 ag. 2016].

<sup>142</sup> Protocolo à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos sobre o Estabelecimento de um Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos, Art. 1.º.

<sup>143</sup> [http://direitoshumanos.gddc.pt/2\\_3/IIPAG2\\_3\\_1.htm](http://direitoshumanos.gddc.pt/2_3/IIPAG2_3_1.htm), [Consult. 3 ag. 2016].

<sup>144</sup> Protocolo à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos sobre o Estabelecimento de um Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos, Art. 5.º.

### 6. As críticas aos direitos ESC

Os direitos ESC têm sido alvo de numerosas críticas, as quais são apontadas como causadoras da diferenciação existente entre os direitos ESC e os direitos CP, da relegação dos direitos ESC para um segundo plano e da implementação mitigada dos direitos ESC nas últimas décadas. Os órgãos das Nações Unidas, nomeadamente o Comité dos DESC, têm vindo a refutar as objeções feitas aos direitos ESC, apoiados por uma parte do mundo académico e dos juizes de alguns países que têm decisivamente contribuído para o reconhecimento e a proteção destes direitos.<sup>145</sup>

O presente capítulo identifica as principais críticas apontadas aos direitos ESC e os seus fundamentos, bem como as opiniões divergentes e a sua argumentação, com o objetivo de perceber se são justificados os argumentos que consideram que os direitos ESC implicam limitações e um regime diferente em relação aos direitos CP.

#### 6.1. A natureza dos direitos ESC

Uma das principais críticas apontada aos direitos ESC é a de que estes direitos seriam demasiado vagos e indeterminados, o que teria como consequência serem desprovidos de carácter jurídico. Assim, os direitos ESC não seriam direitos, mas meros programas políticos, vagas aspirações e ideais que o Estado deveria promover e levar em conta nas suas políticas, na medida do possível. Ainda segundo esta opinião, atribuir força jurídica vinculativa aos direitos ESC obrigaria o Estado a esforçar-se por realizar direitos cuja realização dependeria, em larga medida, de fatores externos, o que representaria uma utopia.

Outra opinião, apesar de reconhecer o carácter jurídico dos direitos ESC, considera que estes seriam direitos em devir, demasiado vastos, complicados e controversos, cuja realização dependeria principalmente da boa vontade dos Estados e que não seriam de aplicação imediata. Assim, a sua força estaria limitada a guiar a ação do Estado. Como consequência, estes direitos não seriam invocáveis pelos particulares perante os tribunais até que o Estado interviesse para os concretizar.<sup>146</sup>

Relembrando o que já foi dito anteriormente, os direitos humanos reconhecidos

---

<sup>145</sup> CHATTON – Vers la pleine reconnaissance... p. 116.

<sup>146</sup> CHATTON – Vers la pleine reconnaissance... p. 82.



internacionalmente são os incluídos na Carta Internacional dos Direitos Humanos, composta pela DUDH, pelo PIDCP e pelo PIDESC, ou em instrumentos subsequentes adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas, os quais preveem direitos civis, políticos, económicos, sociais e culturais. Neste sentido, é difícil aceitar a opinião segundo a qual os direitos ESC não seriam direitos, mas meras aspirações. Se há instrumento de direito internacional que contém normas de carácter jurídico vinculativo, esse instrumento é o tratado internacional, segundo o artigo 26.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que dispõe que “*Todo o tratado em vigor vincula as Partes e deve ser por elas cumprido de boa fé.*”.

Em relação à alegação de que os direitos ESC, ao contrário dos direitos CP, seriam demasiado vagos e indeterminados e consistiriam em meras aspirações, é importante contrapor que todos direitos humanos, e não apenas os direitos ESC, foram redigidos de forma vaga e genérica, precisamente para permitir a sua aplicação à variada realidade que se verifica ao nível mundial, bem como à que se verificará no futuro. Se esta questão não se coloca em relação aos direitos CP, igualmente formulados de forma vaga e indeterminada, também não deveria colocar-se em relação aos direitos ESC. A título de exemplo, direitos clássicos como o direito à liberdade de expressão, a igualdade de tratamento ou o direito a um processo justo colocam os mesmos problemas apontados aos direitos ESC. No entanto, tal nunca constituiu um problema, tendo mesmo levado a esforços no sentido de definir o conteúdo e limites destes direitos, nomeadamente através de legislação, regulamentação e jurisprudência. Pelo contrário, em relação aos direitos ESC, não houve o mesmo nível de esforços e poucos conceitos foram desenvolvidos no sentido de ajudar a concretizá-los. Do exposto, tal não significa que não possam ser definidos. Assim, esta posição contrapõe que os direitos ESC não são simples metas ou princípios incitativos. São universais e jurídicos, impondo numerosas obrigações aos Estados, muitas das quais de aplicação imediata ou, pelo menos, um compromisso imediato e mensurável de esforços.<sup>147</sup>

Em relação à opinião que reconhece o carácter jurídico dos direitos ESC, mas considera que estes não seriam de aplicação imediata, também não parece defensável. Como anteriormente referido, há aspetos dos direitos ESC que são de aplicação imediata (ex. a proibição da discriminação) e, mesmo no caso dos aspetos dos direitos ESC que são de implementação progressiva, e que consequentemente exigem a adoção de medidas para os concretizar, a sua implementação não está na completa discricionariedade dos Estados. Neste caso, os Estados devem adotar medidas

---

<sup>147</sup> CHATTON – Vers la pleine reconnaissance... p. 274.

razoáveis à realização progressiva do direito em causa, o que significa que não existe uma discricionariedade absoluta do Estado.

### 6.2. A ausência de reconhecimento internacional dos direitos ESC

Outra crítica apontada por alguns autores, considera que os direitos ESC não teriam bases morais e jurídicas suficientemente sólidas no seio da comunidade internacional para poderem aspirar a um reconhecimento generalizado. Algumas das razões apresentadas, que são a seguir expostas, são as seguintes: a contestação da universalidade dos direitos humanos, a natureza inferior destes direitos em relação aos direitos CP, a relatividade cultural dos direitos ESC e a livre escolha dos meios de implementação.

#### 6.2.1 A contestação da universalidade dos direitos humanos em geral e dos direitos ESC em particular

No seio da comunidade internacional verificam-se três variantes da ausência de reconhecimento da universalidade dos direitos humanos. A primeira, nega a universalidade dos direitos humanos no seu conjunto. O sistema dos direitos humanos corresponderia aos valores propagados pela civilização ocidental e, neste sentido, os direitos humanos seriam relativos por natureza e desprovidos de reconhecimento universal.<sup>148</sup> A segunda contesta a universalidade dos direitos ESC em particular, e considera que estes seriam duplamente relativos, quanto ao seu conteúdo e quanto aos meios empregues para a sua implementação. Os direitos ESC seriam relativos quanto ao seu conteúdo na medida em que este dependeria em grande medida da evolução económica das sociedades e das tradições e costumes nacionais ou regionais. A título de exemplo, há quem invoque que o direito a férias pagas seria um direito das sociedades ocidentais industrializadas que, apesar de se encontrar previsto no PIDESC, não seria transponível para outras regiões socioculturais do globo. Em terceiro e último lugar, os direitos ESC seriam igualmente relativos em relação aos meios de implementação e os Estados Partes nos tratados permaneceriam inteiramente soberanos quanto aos meios e programas a empregar para os garantir. Este aspeto será desenvolvido na parte relativa às consequências e implicações para o Estado.

---

<sup>148</sup> CHATTON – Vers la pleine reconnaissance... p. 118.

Conforme já foi anteriormente referido, os direitos humanos são formalmente reconhecidos como universais, através da adesão aos instrumentos de proteção dos direitos humanos, bem como materialmente pela maioria dos Estados, que reconhece um “mínimo” de humanidade a que corresponde a um núcleo duro de direitos que deve ser considerado como inerente a cada pessoa humana.

Especificamente em relação à universalidade dos direitos ESC, excluí-la deixaria estes direitos numa situação de segundo plano em relação aos direitos CP, o que teria como efeito, em última instância, enfraquecer e esvaziar o conceito de universalidade, pois a consequência seria um desenvolvimento deficiente dos direitos CP e uma diminuição da sua efetividade. A título de exemplo, qual é o sentido do direito à vida se os seus componentes essenciais, os direitos à saúde e a um nível de vida suficiente, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, não estão garantidos?<sup>149</sup>

Quanto à pretensa relatividade material dos direitos ESC, que os tornaria dependentes das tradições e costumes de cada Estado ou região, cumpre referir que os direitos humanos, incluindo os direitos ESC, são universais quanto à sua essência e não fragmentados no sentido em que cada cultura decidiria o seu conteúdo e as condições económicas de cada Estado influenciariam a sua aplicação. Apesar disso, deixam uma margem de apreciação ou de flexibilidade às diferentes culturas, bem como a evoluções futuras.<sup>150</sup>

É relevante relembrar que ao nível internacional os direitos humanos foram reconhecidos não apenas como universais, mas também como indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados.<sup>151</sup> Como já anteriormente referido, sendo indivisíveis, o gozo completo dos direitos CP é impossível sem os direitos ESC e vice-versa. Os direitos CP são indispensáveis à reivindicação e obtenção dos direitos ESC, e estes últimos são indispensáveis ao exercício por todos dos direitos CP. O facto de serem interdependentes e inter-relacionados, significa que a plena implementação e gozo dos direitos humanos depende dos outros direitos humanos. Na prática, a violação de um direito humano implica muitas vezes a violação de outros direitos humanos.<sup>152</sup>

---

<sup>149</sup> CHATTON – Vers la pleine reconnaissance... p. 336.

<sup>150</sup> CHATTON – Vers la pleine reconnaissance... p. 120.

<sup>151</sup> Declaração e Programa de Ação de Viena, ponto 5.

<sup>152</sup> CHATTON – Vers la pleine reconnaissance... p. 123.

Das diferenças existentes não pode retirar-se uma dependência ou submissão dos direitos ESC em relação aos direitos CP.<sup>153</sup>

### 6.2.2 A vontade histórica

Há quem argumente ainda que foram divergências profundas entre os Estados quanto à natureza dos direitos ESC que levaram à adoção de dois pactos, o PIDCP e o PIDESC, em vez de um, e que a diferente redação dos Pactos, nomeadamente dos seus artigos 2.º, acima transcritos, implicaria obrigações decorrentes muito diferentes. No entanto, a cisão em dois Pactos parece antes ter sido maioritariamente determinada por razões políticas e menos por objeções substanciais em relação às obrigações decorrentes dos Pactos. Como exemplo, relembra-se que tanto os direitos CP como os direitos ESC implicam obrigações negativas e positivas e que o carácter vago e programático dos direitos ESC também se verifica nos direitos CP.

### 6.3. As consequências e implicações para o Estado

Uma crítica adicional baseia-se numa dicotomia entre os direitos CP e os direitos ESC segundo a qual os direitos CP seriam negativos, gratuitos e de aplicação imediata, enquanto os direitos ESC seriam positivos, custosos, programáticos e de aplicação progressiva. Os primeiros seriam direitos liberdades ou de autonomia, enquanto os segundos seriam direitos de crédito ou de prestações. Desta dicotomia decorreria, na opinião de alguns, que a realização dos direitos ESC implicaria uma utilização desmesurada de recursos financeiros do Estado, o que, em última instância, interferiria com os princípios da democracia e do Estado de Direito, das liberdades fundamentais e da economia de mercado.

#### 6.3.1 Obrigações positivas e negativas

Os direitos CP implicariam apenas obrigações negativas, que são obrigações de abstenção, de “não fazer” por parte do Estado, tais como não deter pessoas ou não restringir a liberdade de expressão. Segundo esta ótica, seriam gratuitos, não implicando o dispêndio de recursos públicos, assim como de aplicação imediata, na medida em que o seu cumprimento não implicaria a adoção de medidas de implementação. Pelo contrário, os direitos ESC obrigariam o Estado a prestações positivas, que confeririam, nomeadamente, benefícios aos indivíduos e

---

<sup>153</sup> CHATTON – Vers la pleine reconnaissance... p. 128.

que implicariam necessariamente custos elevados para o Estado (ex. fornecer serviços de saúde ou garantir a educação). A necessidade de adoção de medidas de implementação destes direitos determinaria ainda que os direitos ESC seriam apenas de aplicação progressiva e não de aplicação imediata.<sup>154</sup>

Contra esta posição vários autores defendem que os direitos ESC não se limitam a requerer a intervenção do Estado, mas implicam igualmente a sua não intervenção. É o caso, por exemplo, da obrigação de não prejudicar a saúde dos cidadãos. Inversamente, também os direitos CP implicam obrigações positivas, inclusive uma intensa atividade estatal, nomeadamente para evitar que agentes do Estado ou particulares interfiram com os direitos em causa, do que são exemplo as funções de justiça, de polícia, de segurança e de defesa, cujo cumprimento implica obrigações positivas e a alocação de recursos avultados.<sup>155</sup> Do exposto, todos os direitos humanos contêm várias obrigações que para serem postas em prática dão lugar a esforços mais ou menos importantes por parte dos Estados. Assim, a distinção entre os direitos CP e os direitos ESC parece ser uma distinção mais de grau do que substancial, envolvendo os direitos ESC um espectro mais amplo de obrigações estatais.<sup>156</sup>

### 6.3.2 A livre escolha dos meios de implementação

Acresce que os direitos ESC seriam relativos em relação aos meios de implementação, nomeadamente materiais, organizacionais e financeiros, adotando uma interpretação larga do artigo 2.º n.º 1 do PIDESC.<sup>157</sup> Assim, os Estados Partes nos tratados permaneceriam inteiramente soberanos quanto aos meios e programas a empregar para garantir os direitos ESC e o pleno exercício dos direitos previstos no Pacto seria assegurado progressivamente, duplicando a relatividade quanto aos meios com uma relatividade temporal, progressiva, segundo a qual os Estados seriam inteiramente livres para determinar o momento da implementação dos direitos ESC. Por último, existiriam ainda as contingências ligadas aos recursos financeiros limitados dos Estados para relativizar a implementação dos direitos ESC.<sup>158</sup>

---

<sup>154</sup> CHATTON – Vers la pleine reconnaissance... p. 91.

<sup>155</sup> ABRAMOVICH, Víctor – Linhas de trabalho em direitos económicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados, p. 190.

<sup>156</sup> ABRAMOVICH – Linhas de trabalho... p. 198.

<sup>157</sup> CHATTON – Vers la pleine reconnaissance... p. 87-89.

<sup>158</sup> CHATTON – Vers la pleine reconnaissance... p. 118.

No entanto, o artigo referido, tal como interpretado pelo Comité dos DESC, não parece conceder aos Estados uma margem de liberdade ilimitada, mas antes dosear o princípio da livre escolha com os princípios da execução de boa fé dos tratados e do seu efeito útil. Significa isto que os direitos ESC não podem ser relegados a programas ou normas relativas, contendo ao invés um conjunto de obrigações que vinculam os Estados Partes. A alegada discricionariedade total dos Estados em relação aos meios empregues para a realização dos direitos ESC, significaria que os instrumentos e mecanismos de proteção destes direitos seriam privados de qualquer efeito. Acresce que tal significaria ainda que os tribunais não poderiam, em qualquer circunstância, sancionar a violação desses direitos, nem sequer para se assegurar que os Estados se conformam com o princípio da boa fé. No que respeita à questão da implementação progressiva dos direitos previstos no PIDESC, também não se considera defensável uma interpretação do mesmo artigo do Pacto segundo a qual os Estados seriam inteiramente livres para determinar o momento de implementação dos direitos ESC, pois tal esvaziaria o tratado de qualquer efeito.

Conforme o Comentário Geral n.º 3 do Comité dos DESC: *“...enquanto a plena realização de direitos relevantes pode ser alcançada progressivamente, devem ser tomadas providências relativamente ao objetivo dentro de um espaço de tempo razoavelmente curto depois da entrada em vigor do Pacto para os Estados envolvidos. Tais providências devem ser deliberadas, concretas e tão claramente quanto possível dirigidas às metas, visando a realização das obrigações reconhecidas no Pacto.”*<sup>159</sup>, *“Os meios que devem ser usados para satisfazer a obrigação de tomar providências são estabelecidos no artigo 2.º n.º 1 a saber: “todos os meios apropriados incluindo em particular por meio de medidas legislativas.”*<sup>160</sup> e *“Entre as medidas que devem ser consideradas apropriadas, para além da legislação, estão a previsão de recursos judiciais, em relação a direitos que podem, em concordância com o sistema legal nacional, serem consideradas justiciáveis.”*<sup>161</sup>

### 6.3.3 O custo dos direitos ESC

A implementação dos direitos ESC obrigaria à assunção de prestações por parte dos Estados, que teriam de adotar programas de implementação, atribuir subsídios e coordenar os esforços da administração a fim de assegurar uma plena realização destes direitos, ao contrário dos direitos CP que seriam tendencialmente gratuitos. Há mesmo quem considere que este intervencionismo do Estado para a plena realização dos direitos ESC implicaria o envolvimento

---

<sup>159</sup> Comentário Geral n.º 3, sobre a natureza das obrigações dos Estados Partes, par. 2.

<sup>160</sup> Comentário Geral n.º 3, sobre a natureza das obrigações dos Estados Partes, par. 3.

<sup>161</sup> Comentário Geral n.º 3, sobre a natureza das obrigações dos Estados Partes, par. 5.

de recursos avultados e poderia mesmo pôr em causa a viabilidade financeira do Estado.<sup>162</sup>

Como já anteriormente referido, as decisões envolvendo direitos CP também envolvem custos, por vezes substancialmente elevados, do que são exemplo o reconhecimento e inscrição de partidos políticos e candidatos e a organização de eleições. Ou seja, os direitos CP não são, como invocado, direitos sem custos ou “baratos”. Assim, as medidas que envolvem custos avultados decorrem normalmente do dever de realizar, e mais precisamente do dever de proporcionar, anteriormente já explicados, e ocorrem em relação a todos os direitos humanos. À semelhança dos direitos ESC, os direitos CP podem requerer a adoção de legislação ou regulamentação, bem como a sua implementação, o que requer igualmente a alocação de recursos orçamentais. As implicações orçamentais nunca foram uma razão para pôr em causa a realização dos direitos CP e nessa medida não se percebe porque é que seriam no caso dos direitos ESC.<sup>163</sup>

#### 6.3.4 A violação do princípio da separação de poderes

Algumas opiniões consideram que a legitimidade política em matéria de decisões orçamentais e de programas sociais seria dos poderes legislativo e executivo e que, conseqüentemente, o poder judicial, não sendo democraticamente eleito, não disporia de legitimidade para adjudicar decisões sobre matérias relativas aos direitos ESC, pois estas implicariam decisões desse tipo. Tal seria uma distorção do princípio da separação de poderes, um dos pilares do Estado de Direito democrático.

Outro argumento, põe em causa a capacidade do juiz para decidir casos relativos a violações dos direitos ESC, bem como a aptidão dos tribunais e das audiências de tribunal para tratar questões complexas de distribuição de recursos e de avaliação da adequabilidade das políticas públicas.<sup>164</sup>

Em relação à alegada falta de legitimidade do poder judicial para decidir casos sobre os direitos ESC, é contraposto que a supervisão do poder do Estado está inscrita na ideia do primado do Direito. Nesse sentido, o controlo judicial, nomeadamente da aplicação da legislação e regulamentação adotadas, deve ser visto como garante da legitimidade democrática e não como pondo-a em causa. Em relação aos direitos CP, é geralmente aceite que o poder judicial é

---

<sup>162</sup> CHATTON – Vers la pleine reconnaissance... p. 97.

<sup>163</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p 83-84.

<sup>164</sup> CHATTON – Vers la pleine reconnaissance... p. 99.

fundamental para a sua garantia e proteção, sendo o controlo judicial exercido fundamentado nos argumentos do controlo mútuo de poderes, da deferência à supremacia da constituição e da lei e da proteção dos indivíduos e das minorias. Não se compreende porque é que estes argumentos não seriam igualmente aplicáveis aos direitos ESC. Se a Constituição ou a lei impõem deveres ao Estado relativos à implementação dos direitos ESC, não se percebe porquê excluir o controlo judicial da atuação do Estado, por ação ou por omissão.

No caso específico das omissões do Estado, é posta em causa a capacidade dos tribunais para decidir as reparações adequadas, pois tal competiria ao poder legislativo. Uma vez mais, os juízes são regularmente chamados a verificar omissões e não se compreende porquê a sua exclusão em casos relativos aos direitos ESC. Por vezes a legislação ou regulação identifica os deveres de forma clara, mas nos casos em que tal não ocorre os juízes podem recorrer a diversos meios de interpretação. Nos casos em que as autoridades políticas têm maior margem de discricionariedade, tal pode implicar uma maior prudência e deferência do poder judicial, como tem acontecido em diversas jurisdições nacionais, sem que tal signifique, no entanto, uma negação da possibilidade de revisão judicial sobre as matérias em causa. Mais à frente serão dados exemplos de decisões judiciais que mostram essa deferência do poder judicial em relação aos outros poderes.<sup>165</sup>

Quanto à complexidade dos casos, é importante referir, em primeiro lugar, que nem todos os casos relativos aos direitos ESC são casos complexos. Há casos que não envolvem grande complexidade e que consequentemente podem ser decididos pelos tribunais sem suscitar problemas. Quanto aos casos complexos que envolvem os direitos ESC, nomeadamente por implicarem um largo número de atores, prova complexa, terem um impacto financeiro importante ou envolverem conflitos entre várias entidades estatais, cumpre contrapor que a complexidade dos casos existe também em relação aos direitos CP (ex. casos sobre a violação dos direitos dos prisioneiros). Consequentemente não se compreende porque é que a adjudicação de casos complexos relativos aos direitos ESC seria excluída.

No que respeita à capacidade dos juízes, e à sua alegada falta de especialização e de perícia em matérias de política social, nas áreas, por exemplo, da saúde, da educação, da alimentação ou do alojamento, cumpre referir que os juízes decidem os casos com base no direito existente e não elaboram eles próprios as políticas. Assim, o papel dos juízes nestes casos não difere do seu

---

<sup>165</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 81-82.



papel em qualquer outro caso e não deve por isso ser posto em causa.

Por último, quanto à capacidade institucional dos tribunais e à aplicação das decisões dos tribunais relativas aos direitos ESC, esta é uma questão que se coloca em relação a qualquer decisão judicial, não sendo consequentemente uma questão exclusiva dos direitos ESC, mas antes uma questão geral do funcionamento do sistema.

#### 6.3.5 A justiciabilidade dos direitos ESC

Uma vez mais, enquanto a justiciabilidade dos direitos CP é aceite de forma generalizada, a justiciabilidade dos direitos ESC tem suscitado questões fundamentais quanto à capacidade do poder judicial nesta matéria, relacionadas nomeadamente com questões já referidas como o alegado carácter vago e indeterminado dos direitos ESC e com a livre escolha dos seus meios de implementação.<sup>166</sup> A injusticiabilidade dos direitos ESC é considerada, por alguns autores, como uma das críticas apontadas aos direitos ESC e, por outros, como uma consequência das referidas críticas.<sup>167</sup> O capítulo seguinte trata da justiciabilidade dos direitos ESC em maior detalhe e identifica as críticas à justiciabilidade dos direitos ESC, bem como a sua fundamentação, seguindo-se uma análise da justiciabilidade dos direitos ESC ao nível internacional, regional e nacional.

Do exposto no presente capítulo, pode concluir-se que grande parte das críticas apontadas aos direitos ESC parece não ser sustentável, na medida em que não se baseia em diferenças de fundo entre os direitos CP e os direitos ESC, mas antes em diferenças que parecem ter sido introduzidas por razões maioritariamente políticas. Apesar disso, nas últimas décadas verificou-se uma diferenciação entre os direitos CP e os direitos ESC, com estes últimos a serem regularmente postos em causa, comprometendo a sua implementação e proteção. Os direitos ESC têm sido frequentemente considerados como relativos ao desenvolvimento e não ao regime internacional de direitos humanos. Mesmo quando reconhecidos pelos Estados, verifica-se muitas vezes que a sua implementação efetiva não é garantida. Acresce que as violações de direitos ESC são, muitas vezes, consideradas de menor importância pelos Estados e a negação dos direitos CP é vista como uma violação, enquanto a negação dos direitos ESC é vista como

---

<sup>166</sup> ZUNIGA – *Advancing the Human Right to Health*, p. 25.

<sup>167</sup> CHATTON – *Vers la pleine reconnaissance...* p. 102.

uma mera injustiça.<sup>168</sup> Os órgãos das Nações Unidas, nomeadamente o Comité dos DESC, têm vindo a refutar as objeções feitas aos direitos ESC, apoiados por uma parte significativa do mundo académico e dos juízes, que têm decisivamente contribuído para o reconhecimento e a proteção destes direitos.

---

<sup>168</sup> SSENYONJO - Economic, Social and Cultural... p. 14.

## 7. A justiciabilidade dos direitos ESC

O termo “justiciabilidade”, que tem origem anglo-saxónica, designa a qualidade do que é adequado a ser examinado pelos juízes. Assim, como já referido, a justiciabilidade dos direitos refere-se a uma submissão potencial ao exame e controlo de uma jurisdição e concilia duas características: a capacidade intrínseca do direito a ser garantido por um juiz e a possibilidade formal de que exista um juiz que conheça o caso.<sup>169</sup>

A justiciabilidade representa, assim, a possibilidade de reclamar uma reparação perante um órgão independente e imparcial em caso de violação provável ou já ocorrida de um direito e implica o acesso a mecanismos que garantem os direitos reconhecidos. Os direitos justiciáveis garantem aos seus titulares um processo legal para os fazer valer sempre que aquele sobre quem impende o dever não cumprir as suas obrigações. Implica a existência de um recurso judicial que garante o acesso efetivo a um órgão jurisdicional em caso de violação efetiva ou iminente e de um processo de adjudicação de uma reparação adequada à vítima.<sup>170</sup>

Apesar de o contencioso não ser, nem dever ser, a única forma de assegurar que os Estados cumprem as suas obrigações no âmbito dos direitos humanos em geral, e dos direitos ESC em particular, desempenha um papel essencial na proteção dos direitos pois a litigância é não apenas um instrumento para garantir o seu cumprimento, mas também para garantir o direito a uma reparação em caso de violação. Neste sentido, a litigância é normalmente um mecanismo de recurso, mas um mecanismo cuja existência é fundamental para a salvaguarda dos direitos.<sup>171 172</sup>

Enquanto a justiciabilidade dos direitos CP é aceite de forma generalizada, a justiciabilidade dos direitos ESC tem suscitado questões, algumas das quais são expostas a seguir.<sup>173</sup>

### 7.1. Os argumentos contra a justiciabilidade dos direitos ESC

As razões normalmente invocadas para a injusticiabilidade dos direitos ESC são diversas e algumas relacionam-se com as críticas aos direitos ESC acima expostas. Aqueles que consideram

---

<sup>169</sup> ROMAN - « Droits des Pauvres, Pauvres Droits ? »... p. 6.

<sup>170</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 7-8.

<sup>171</sup> RATJEN – Adjudicating Economic... p. 17.

<sup>172</sup> ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. 25.

<sup>173</sup> ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. 25.

que os direitos ESC, pela sua natureza, seriam simples votos políticos, sem caráter jurídico, concluem que estes direitos não são, consequentemente, justiciáveis. Aqueles que aceitam que os direitos ESC seriam direitos, mas demasiado vagos e imprecisos e de caráter progressivo, concluem pela necessidade da sua concretização ao nível infraconstitucional, sem a qual os tribunais não disporiam de dados suficientes ou suficientemente precisos para decidir de forma transparente e previsível. Os tribunais não teriam capacidade para avaliar e influenciar políticas específicas na medida em que seriam incompetentes para resolver questões de alocação de recursos e de gestão de programas. Acresce que o juiz não disporia de capacidade técnica para avaliar o conteúdo e sancionar as violações dos direitos ESC, na medida em que as questões seriam policêntricas e as implicações da decisão teriam repercussões para além das partes no processo.<sup>174</sup>

Também as implicações orçamentais são apresentadas como um limite à justiciabilidade dos direitos ESC na medida em que saber que parte do orçamento alocar às questões de saúde ou de educação, seria uma questão política e não jurídica. Assim, a legitimidade do juiz seria insuficiente para fazer tais escolhas. Caso contrário, os juízes teriam uma margem de apreciação quase absoluta ou arbitrária, o que também violaria princípios democráticos fundamentais como o princípio da participação pública e o princípio da separação de poderes.<sup>175</sup>

Outra opinião, difícil até de compreender, nega a juridicidade dos direitos ESC porque estes não seriam justiciáveis, o que parece desprovido de sentido, pois o reconhecimento jurídico de um direito humano é uma condição da sua existência, ao passo que a sua implementação legal é uma consequência da sua existência. Significa isto que a justiciabilidade dos direitos humanos não é necessária à sua legalização. Os direitos ESC não precisam de um juiz para serem direitos, mas precisam de um juiz para serem efetivos em benefício dos indivíduos.<sup>176</sup>

As críticas em relação aos direitos ESC são apontadas como tendo levado à ausência, durante muito tempo, de órgãos jurisdicionais ou quase-jurisdicionais acessíveis às vítimas de violações dos direitos ESC, ao contrário dos direitos CP, ao nível internacional e regional.

Esta desigualdade entre os direitos CP e os direitos ESC teve também reflexos ao nível nacional, onde se verificou frequentemente a ausência de mecanismos para aceder a um juiz em caso de

---

<sup>174</sup> CHATTON – Vers la pleine reconnaissance... p. 103.

<sup>175</sup> ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. 28.

<sup>176</sup> CHATTON – Vers la pleine reconnaissance... p. 106.

violação dos direitos ESC.<sup>177</sup> É ainda relevante acrescentar que, mesmo em casos em que o recurso ao tribunal para a proteção dos direitos ESC foi reconhecido, diversos juízes declararam a sua incompetência para julgar casos relativos aos direitos ESC, apresentando fundamentos baseados nas argumentações democrática e técnica acima expostas, ilustrando bem a resistência existente quanto a estes direitos.

## 7.2. Os argumentos a favor da justiciabilidade dos direitos ESC

Em relação ao argumento segundo o qual os tribunais não teriam competência para decidir casos relativos a direitos ESC que seriam vagos e imprecisos, na medida em que tal envolveria escolhas políticas complexas e os juízes não estariam equipados para avaliar quais as medidas políticas mais eficazes ou o impacto das suas decisões, também não parece defensável se, uma vez mais, for feita uma comparação com os direitos CP. Diversos direitos CP, nomeadamente os direitos de voto e a um julgamento justo, envolvem igualmente questões de política social com repercussões orçamentais.<sup>178</sup> Todos os direitos humanos podem ter implicações de política social e orçamental complexas, como já foi anteriormente referido. No caso de decisões que podem ter consequências abrangentes, pode ser apropriado que o poder judicial deixe uma margem de escolha ao executivo e ao legislativo, mas tal não significa que os tribunais possam abdicar da sua responsabilidade na adjudicação de quaisquer direitos, incluindo dos direitos ESC.<sup>179</sup> A ilustrar isto, vários tribunais, não tendo negado a sua competência, justificaram uma limitação na sua apreciação baseada na margem de apreciação do legislador, conforme mais à frente se exemplificará.<sup>180</sup>

Quanto ao argumento segundo o qual as questões que envolvem a alocação de recursos deveriam ser deixadas às autoridades políticas e não aos tribunais, reconhecendo que as competências dos vários órgãos devem ser respeitadas, é apropriado, de novo, referir que também no caso dos direitos CP as decisões podem implicar a alocação de recursos relevantes. O Comité dos DESC refere, no seu Comentário Geral n.º 9, sobre a aplicação doméstica do pacto: “*Algumas vezes, é sugerido que as questões que envolvem a alocação de recursos deveriam ser deixadas às autoridades políticas e não aos tribunais. Enquanto que as respetivas competências de vários ramos do governo*

---

<sup>177</sup> ROMAN - « Droits des Pauvres, Pauvres Droits ? »... p. 9.

<sup>178</sup> EIDE – Economic, Social... p. 59.

<sup>179</sup> EIDE – Economic, Social... p. 60.

<sup>180</sup> ROMAN - « Droits des Pauvres, Pauvres Droits ? »... p. 9.

*devem ser respeitadas, é apropriado reconhecer que os tribunais estão de um modo geral já envolvidos num leque considerável de questões que têm implicações importantes ao nível dos recursos.”*<sup>181</sup>

É ainda relevante referir neste ponto que o Comité dos DESC se pronunciou a favor da justiciabilidade dos direitos ESC em vários dos seus comentários gerais. Assim, no Comentário Geral n.º 3, declarou: *“Entre as medidas que devem ser consideradas apropriadas, para além da legislação, estão a previsão de recursos judiciais, em relação a direitos que podem, em concordância com o sistema legal nacional, ser consideradas justiciáveis. O Comité nota, por exemplo, que a fruição dos direitos reconhecidos, sem discriminação, será muitas vezes apropriadamente promovida, em parte, através da previsão de recursos judiciais...”* e *“Além disso, há um número de outras provisões no Pacto Internacional sobre os Direitos ESC (...) que devem ser imediatamente aplicáveis por órgãos judiciais ou de outra natureza, em muitos sistemas legais nacionais. Qualquer sugestão de que as provisões indicadas não sejam intrinsecamente auto exequíveis, será difícil de sustentar.”*<sup>182</sup>

Adicionalmente, no Comentário Geral n.º 9, o Comité dos DESC referiu que *“... as normas do Pacto devem ser reconhecidas na ordem jurídica doméstica através de meios apropriados; as pessoas individualmente ou grupos prejudicados devem dispor de meios adequados de indemnização, ou de recursos jurídicos, e devem ser estabelecidos mecanismos adequados para garantir a responsabilidade dos governos.”* Na prática, o titular do direito, ou alguém que o represente, deve poder recorrer a um órgão independente e imparcial quando considera que os deveres decorrentes de um direito não foram cumpridos. Para o Comité *“A adoção de uma classificação rígida dos direitos económicos, sociais e culturais, que os coloca, por definição, além do alcance dos tribunais, seria arbitrária e incompatível com o princípio de que os dois grupos de direitos humanos são indivisíveis e interdependentes.”* O Comité considera ainda que *“... não há nenhum direito do Pacto que não possa ser considerado possuidor, na grande maioria dos sistemas, de alguma dimensão justiciável significativa”*.<sup>183 184</sup>

Do exposto, as críticas feitas à justiciabilidade dos direitos ESC não conseguem demonstrar a sua injusticiabilidade. Pelo contrário, resulta da refutação das críticas que os direitos ESC, à semelhança dos direitos CP, são justiciáveis. A tendência dos últimos anos parece ir

---

<sup>181</sup> Comité dos DESC - Comentário Geral n.º 9, sobre a aplicação doméstica do Pacto, par. 10.º.

<sup>182</sup> Comité dos DESC - Comentário Geral n.º 3, sobre a natureza das obrigações dos Estados Partes, par. 5.º e 6.º.

<sup>183</sup> Comité dos DESC - Comentário Geral n.º 9, sobre a aplicação doméstica do Pacto, par. 2.º e 10.º.

<sup>184</sup> EIDE – Economic, Social... p. 61.

precisamente no sentido do reconhecimento dos direitos ESC a par com os direitos CP, incluindo a sua justiciabilidade. A ilustrar essa evolução, os progressos alcançados progressivamente aos níveis nacionais, regional e internacional, através nomeadamente da criação de mecanismos de proteção dos direitos ESC. É o caso da recente entrada em vigor do Protocolo Facultativo ao PIDESC, que prevê um mecanismo de comunicações, o qual, apesar de ser apenas quase-judicial, é um sinal claro no sentido da justiciabilidade dos direitos previstos no PIDESC.

### 7.3. A evolução da justiciabilidade dos direitos ESC

Duas razões principais são identificadas para justificar o menor desenvolvimento da justiciabilidade dos direitos ESC em comparação com a dos direitos CP ao longo das últimas décadas. A primeira é a redação das disposições relativas aos direitos ESC, nomeadamente o carácter vago da formulação de diversos direitos no PIDESC e noutros instrumentos internacionais. A segunda consiste na ausência, durante largos anos, de mecanismos internacionais de proteção, o que teve como consequência a inexistência de jurisprudência internacional que possa servir de referência aos níveis regional e nacional.

Apesar de não se poder falar da justiciabilidade dos direitos ESC ao nível internacional por não existirem órgãos judiciais que garantam a defesa destes direitos ao nível internacional, mas meramente órgãos quase-judiciais, cujas decisões não são vinculativas, ao longo deste trabalho são consideradas as decisões quase-judiciais adotadas por esses órgãos, na medida em que estas decisões apreciam as violações das obrigações dos Estados, representando assim o que de mais próximo da justiciabilidade existe ao nível internacional, o que é útil para este trabalho. Acresce que as decisões quase-judiciais adotadas por estes órgãos internacionais são, em larga medida, respeitadas pelos Estados, e podem servir de referência para a interpretação das normas internacionais aos níveis regional e nacional. Cumpre ainda referir que esta opção segue a abordagem adotada pelos diversos autores que serviram de base a este estudo, com a qual se concorda, pois uma análise global que inclui decisões nacionais, regionais e internacionais permite perceber melhor a influência recíproca que tem existido e a consequente evolução da proteção destes direitos, inclusive da sua justiciabilidade.

O presente capítulo pretende ilustrar a evolução que se tem verificado na justiciabilidade dos direitos ESC, da qual decorrem progressos fundamentais na proteção e realização desses

direitos. Pretende-se ilustrar a tendência ao longo dos anos de reconhecimento da justiciabilidade dos direitos ESC e os avanços concretos que foram alcançados ao nível internacional, regional e nacional, com especial foco e interesse no direito à saúde, sempre que possível.

Destaca-se que vários países do Sul, nomeadamente a África do Sul, a Argentina, o Brasil e a Índia, têm desenvolvido uma jurisprudência progressista no que respeita aos direitos ESC. Estas democracias constitucionais inovadoras e confrontadas com uma realidade social de pobreza e desigualdade de longa data, podem constituir referências importantes no que respeita à justiciabilidade dos direitos ESC ao nível mundial.

### 7.3.1 A abordagem integrada: a proteção indireta dos direitos ESC através dos direitos CP

A justiciabilidade dos direitos ESC desenvolveu-se igualmente de forma indireta através dos direitos CP, nomeadamente através dos mecanismos de queixas, quase-jurisdicionais, no âmbito dos tratados de direitos CP, designadamente devido à ausência de um mecanismo equivalente no âmbito do PIDESC. Dada a interdependência dos direitos humanos, em muitos casos a violação de um direito afeta outros direitos e como consequência, alguns direitos ESC ou, pelo menos alguns dos seus elementos, têm sido indiretamente defendidos com recurso aos direitos CP.

A mesma tendência se verificou aos níveis regional e nacional, onde os tribunais dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos e diversos tribunais nacionais recorreram aos direitos CP para proteger os direitos ESC, como mais à frente se ilustrará com diversos casos concretos.

### 7.3.2 A justiciabilidade dos direitos ESC ao nível internacional

Conforme já referido, no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos não foi criado nenhum tribunal para adjudicar decisões quanto ao cumprimento dos tratados, mas apenas alguns mecanismos, de entre os quais se destaca o mecanismo de queixas individuais no âmbito do PIDCP e o mecanismo de comunicações, no âmbito do PIDESC. Estes mecanismos têm um carácter meramente quase-judicial e consequentemente as suas decisões não têm carácter vinculativo, o que enfraquece o sistema internacional. Apesar deste facto, as decisões adotadas pelos órgãos dos tratados no âmbito destes mecanismos são, regra geral, respeitadas pelos



Estados aos quais se dirigem, na medida em que representam uma reprovação por parte da comunidade internacional.

No que respeita à justiciabilidade indireta dos direitos ESC, acima referida, que se desenvolveu principalmente através dos mecanismos de queixas, quase-jurisdicionais, no âmbito dos tratados de direitos CP face à ausência de um mecanismo equivalente no âmbito do PIDESC, destaca-se, a título de exemplo, o facto de o Comité dos Direitos do Homem ter decidido, em 1987, que a cláusula de não-discriminação do artigo 26.º do PIDCP também era aplicável ao gozo dos direitos ESC, nomeadamente nos casos *Zwaan-de Vries v. the Netherlands* e *W. M. Broeks v. the Netherlands*.<sup>185</sup>

O mecanismo mais importante de proteção dos direitos ESC ao nível internacional é o mecanismo de comunicações previsto no Protocolo Facultativo ao PIDESC. Este mecanismo veio permitir, pela primeira vez, que indivíduos e grupos possam apresentar comunicações relativas a violações dos direitos previstos no Pacto perante o Comité dos DESC.<sup>186</sup> Atualmente, apenas 21 Estados ratificaram o Protocolo Facultativo,<sup>187</sup> uma clara minoria em comparação com os países que ratificaram o PIDESC, o PIDCP e o seu Protocolo Facultativo.

Conforme referido acima, o Protocolo Facultativo, à semelhança dos outros mecanismos de comunicações das Nações Unidas, cria um sistema quase-judicial, no qual o Comité emite constatações e recomendações, as quais não são decisões judiciais. Esta “jurisprudência” do Comité no representa a primeira interpretação focada no cumprimento dos direitos ESC no âmbito de um mecanismo de comunicações do sistema das Nações Unidas.<sup>188</sup> Até ao momento, foram apenas analisadas pelo Comité quatro comunicações, duas das quais foram consideradas inadmissíveis. Relativamente às outras duas, sobre o direito à habitação e sobre o direito à segurança social, o Comité transmitiu as suas constatações.

Espera-se que o Protocolo Facultativo venha contribuir para o fortalecimento dos direitos ESC em várias áreas. Para além de proporcionar aos indivíduos e à sociedade civil um mecanismo

---

<sup>185</sup> Comité dos Direitos do Homem, *Zwaan-de Vries v. the Netherlands*, Comunicação n.º 182/1984, de 9 de abril de 1987 e *W. M. Broeks v. the Netherlands*, Comunicação No. 172/1984, de 9 de abril de 1987.

<sup>186</sup> RIEDEL - Economic, Social and... p. 4.

<sup>187</sup> [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-3-a&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=en) [Consult. 18 jul. 2016].

<sup>188</sup> LANGFORD, Malcom et al. – Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Commentary, p. 12.

útil para a proteção das vítimas de violações dos direitos ESC, fortalece a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência e a inter-relação de todos os direitos humanos. Adicionalmente, o desenvolvimento de “jurisprudência” pelo Comité ajudará na interpretação de disposições específicas do Pacto, clarificará as obrigações do Pacto e apoiará os Estados Partes na implementação dos direitos previstos no PIDESC através de recomendações que poderão ser aplicadas numa diversidade de casos. Segundo o Comité dos DESC, esta prática institucionalizada de interpretação deverá contribuir também para o desenvolvimento da justiciabilidade dos direitos ESC aos níveis regional e nacional,<sup>189</sup> ajudando a superar os preconceitos e barreiras que existem atualmente. Cumpre ainda referir que incentivará os Estados Partes a fortalecer os seus sistemas de monitorização e de garantia de reparação em caso de violação e aumentará a consciencialização pública em relação aos direitos ESC na medida em os casos individuais atraem normalmente maior atenção, à semelhança do que se verificou no âmbito do Protocolo Facultativo ao PIDCP.<sup>190 191</sup>

Para além do Protocolo, ao nível internacional vários tratados no âmbito das Nações Unidas cobrem um espectro alargado de direitos, que incluem direitos CP e direitos ESC, tais como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CIETFDR), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CETFDICM) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC). Estes tratados preveem também um sistema de comunicações aos quais os cidadãos dos Estados Partes que os aceitaram podem recorrer.<sup>192</sup>

### 7.3.3 A justiciabilidade dos direitos ESC ao nível regional

Alguns sistemas regionais de proteção dos direitos humanos também consagraram uma proteção inferior aos direitos ESC, conforme já foi mencionado acima.

No sistema europeu, a Carta Social Europeia e a Carta Social Europeia Revista, preveem apenas um sistema de monitorização quase-judicial e política dos direitos ESC, e não uma revisão de carácter judicial como a existente para os direitos CP.<sup>193</sup> Em 1998 entrou em vigor o Protocolo

---

<sup>189</sup> EIDE – Economic, Social... p. 47.

<sup>190</sup> <http://hrbaportal.org/insights/optional-protocol-to-the-international-covenant-on-economic-social-cultural-rights> [Consult. 1 ag. 2016].

<sup>191</sup> RIEDEL - Economic, Social and... p. 34.

<sup>192</sup> <http://indicators.ohchr.org/> [Consult. 18 jul. 2016].

<sup>193</sup> RIEDEL - Economic, Social and... p. 10.

Adicional à Carta Social Europeia prevendo um Sistema de Reclamações Coletivas, do qual consta um mecanismo de apresentação de reclamações coletivas por empregadores, sindicatos e outras organizações não-governamentais relevantes.<sup>194</sup> Compete ao Comité Europeu dos Direitos Sociais decidir sobre a admissibilidade das reclamações e, em caso de admissibilidade das mesmas, realizar um relatório com as suas conclusões, com base no qual o Comité dos Ministros deverá adotar uma decisão final.<sup>195</sup> <sup>196</sup> O papel do Comité de Ministros tem sido questionado na medida em que é um órgão de carácter político envolvido num procedimento de carácter quase-judicial. Acresce que o seu desempenho tem sido considerado insatisfatório, na medida em que tem confirmado um número reduzido de relatórios do Comité. É ainda relevante referir a este respeito que este é atualmente o único mecanismo internacional de direitos humanos em que um órgão governamental tem um papel determinante. Como consequência, existe a preocupação de que o sistema previsto para a Carta Social Europeia não venha a funcionar de forma satisfatória.<sup>197</sup>

Ainda no âmbito do Conselho da Europa, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem procedido à proteção indireta de alguns direitos ESC através dos direitos CP. A título de exemplo, o tribunal considerou que os serviços de saúde que caíam abaixo de um determinado nível, e consequentemente podiam contribuir para a morte de um paciente, podiam constituir uma violação do direito à vida, no caso *López Ostra v. Spain*.<sup>198</sup> <sup>199</sup>

O sistema americano, à semelhança do sistema europeu prevê os direitos CP e os direitos ESC em instrumentos diferentes, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o seu Protocolo Adicional em Matéria de Direitos ESC. O sistema de petições individuais aplica-se a todos os direitos apesar de em relação aos direitos ESC ser restrito ao direito a fundar e organizar sindicatos e ao direito à educação. Podem apresentar petições indivíduos, grupo de indivíduos ou organizações. As petições devem ser apresentadas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, não podendo os indivíduos recorrer diretamente ao Tribunal Interamericano de Direitos Humanos.<sup>200</sup> É a Comissão que pode remeter casos ao Tribunal, desde que os Estados implicados tenham aceite a jurisdição deste último.

---

<sup>194</sup> EIDE – Economic, Social... p. 46.

<sup>195</sup> Protocolo Adicional à Carta Social Europeia prevendo um Sistema de Reclamações Coletivas, Arts. 5.º a 9.º.

<sup>196</sup> CHURCHILL – The Collective Complaints System... p. 423.

<sup>197</sup> CHURCHILL – The Collective Complaints System... p. 447.

<sup>198</sup> Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Art. 2.º.

<sup>199</sup> *López Ostra vs. Spain* (Pedido no. 16798/90), de 9 de dezembro de 1994.

<sup>200</sup> EIDE – Economic, Social... p. 46.

É importante realçar que também neste sistema os direitos ESC têm sido indiretamente protegidos através dos direitos CP, pelo recurso a uma interpretação dinâmica dos direitos previstos na Convenção.<sup>201</sup>

No âmbito do sistema africano, existe o já referido procedimento de comunicações perante a Comissão Africana de Direitos do Homem e dos Povos, de carácter não vinculativo, de acordo com o qual nem todos os casos apresentados à Comissão são necessariamente analisados por ela pois esta procede a uma escolha. Mais importante do que este procedimento, é a possibilidade de recurso ao Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos, por indivíduos e ONG com estatuto de observador junto da Comissão, quanto a todos direitos previstos na Carta,<sup>202</sup> desde que o respetivo Estado tenha reconhecido a competência do Tribunal para tal.<sup>203</sup> Apesar de o sistema africano apresentar algumas limitações identificadas, nomeadamente o facto de a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos não ter previsto vários direitos ESC, é igualmente importante referir que tem desempenhado um papel importante na proteção dos direitos ESC.<sup>204</sup> Reitera-se o facto de este ser o único sistema no âmbito do qual é possível aos particulares recorrerem a um tribunal regional, cujas decisões são vinculativas para os Estados.

Apesar das diferenças entre direitos CP e direitos ESC refletidas em alguns sistemas judiciais e quase-judiciais existentes ao nível regional, é importante notar que tem existido uma evolução no sentido da criação de mecanismos que têm progressivamente atribuído maior proteção aos direitos ESC a nível regional.

### 7.3.4 A justiciabilidade dos direitos ESC ao nível nacional

#### 7.3.4.1 A receção do Direito Internacional ao nível interno

As obrigações dos Estados previstas nos tratados internacionais, incluindo o PIDESC, devem ser refletidas ao nível nacional na medida em que os Estados a tal se vincularam através da

---

<sup>201</sup> TINTA, Mónica Faria – Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System of Protection of Human Rights: Beyond Traditional Paradigms and Notions, p. 436-437.

<sup>202</sup> CHURCHILL – The Collective Complaints System... p. 421.

<sup>203</sup> TAVARES, Raquel – O Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos.

<sup>204</sup> ROMAN - « Droits des Pauvres, Pauvres Droits ? »... p. 5.

ratificação dos mesmos.<sup>205</sup>

No já referido Comentário Geral n.º 9, sobre a aplicação do Pacto ao nível interno, o Comité dos DESC afirma o princípio da aplicação direta e imediata do Pacto no sistema jurídico nacional, do que decorre que os particulares devem poder recorrer aos tribunais nacionais para fazer valer os seus direitos: *“Em geral, as normas internacionais de direitos humanos juridicamente vinculantes devem operar direta e imediatamente dentro do sistema jurídico interno de cada Estado Parte, possibilitando assim que os interessados possam reclamar a efetivação dos seus direitos perante os juízes e os tribunais nacionais.”*<sup>206</sup> O Comité reconhece que o Pacto não obriga os Estados a incorporar as suas disposições na ordem jurídica nacional: *“O Pacto não estipula os meios específicos pelos quais ele deve ser implementado na ordem jurídica nacional. E não há nenhuma disposição obrigando a sua incorporação ampla ou exigindo que lhe seja conferido algum tipo específico de valor no direito nacional. Embora o método preciso pelo qual os direitos previstos no Pacto deverão ser efetivados no direito nacional seja matéria para cada Estado Parte decidir, os meios usados devem ser apropriados no sentido de produzir resultados que sejam coerentes com o pleno cumprimento das obrigações pelo Estado Parte.”*<sup>207</sup> Apesar disso, considera que essa seria a melhor opção: *“... enquanto o Pacto não obriga formalmente os Estados a incorporar os seus dispositivos no direito nacional, tal abordagem é aconselhável. A incorporação direta evita problemas que poderiam aparecer na tradução das obrigações dos tratados para o direito nacional e produz uma base para os interessados invocarem diretamente os direitos reconhecidos no Pacto perante os tribunais nacionais. Por estas razões, o Comité encoraja fortemente a adoção formal ou a incorporação do Pacto no direito nacional.”*<sup>208</sup>

Ainda segundo o Comité, o artigo 8.º da DUDH, que determina a exaustão dos mecanismos de recurso nacionais, reforça a primazia do direito nacional, deixando os mecanismos internacionais como complementares: *“O artigo que exige a exaustão dos recursos internos reforça a primazia dos instrumentos jurídicos nacionais a este respeito. A existência e o desenvolvimento de procedimentos internacionais para atender a reclamações individuais é importante, mas tais procedimentos são, em última instância, suplementares aos recursos nacionais eficazes.”*<sup>209</sup> As instituições nacionais são, regra geral, mais acessíveis do que as internacionais. Por um lado, existem poucos mecanismos ao nível internacional para o cumprimento das obrigações previstas nos tratados internacionais de direitos humanos, principalmente em relação aos direitos ESC. Por outro lado, o recurso aos

---

<sup>205</sup> Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, Art. 27.º.

<sup>206</sup> Comité dos DESC - Comentário Geral n.º 9, sobre a aplicação doméstica do Pacto, par. 4.

<sup>207</sup> Comité dos DESC - Comentário Geral n.º 9, sobre a aplicação doméstica do Pacto, par. 5.

<sup>208</sup> Comité dos DESC - Comentário Geral n.º 9, sobre a aplicação doméstica do Pacto, par. 8.

<sup>209</sup> Comité dos DESC - Comentário Geral n.º 9, sobre a aplicação doméstica do Pacto, par. 4.

mecanismos internacionais é muitas vezes de difícil acesso a grupos vulneráveis e às organizações que os representam ao nível local.<sup>210</sup>

Existem duas construções teóricas no que respeita à receção do direito internacional pelos Estados: a doutrina dualista e a doutrina monista.

A doutrina dualista considera que o direito internacional e o direito nacional são dois sistemas jurídicos diferentes que existem de forma independente um do outro. Esta doutrina considera que nenhum dos sistemas jurídicos tem primazia sobre o outro. Assim, o direito internacional não é automaticamente parte do direito nacional e são necessários passos adicionais para o incorporar no direito nacional. Em alguns países é necessário que o direito nacional reproduza ou faça referência ao conteúdo de um tratado, enquanto que noutros os juízes desenvolveram formas mais criativas de recorrer aos padrões internacionais, como na África do Sul, cujo Tribunal Constitucional usou os Comentários Gerais do Comité dos DESC mesmo não tendo ainda o país, na época, ratificado o PIDESC.<sup>211</sup>

Diferentemente, a doutrina monista tem uma perceção unitária do direito e considera que o direito internacional e o direito nacional fazem ambos parte da mesma ordem jurídica. Esta doutrina reconhece a primazia do direito internacional em caso de conflito<sup>212</sup>, e aceita a aplicação imediata ao nível nacional dos tratados internacionais. Convém, no entanto, salvaguardar que alguns países com sistemas monistas consideram que os padrões dos tratados relativos aos direitos ESC não são auto executórios.

Independentemente dos dois sistemas, quando um Estado ratifica um tratado em vigor, este torna-se vinculativo, não podendo os Estados invocar os sistemas nacionais para incumprir as disposições de um tratado relativamente ao qual se vinculou.

Na medida em que existe um espaço de discricionariedade na implementação do PIDESC, a implementação do Pacto tem sido diferente consoante os Estados, refletindo as diferentes abordagens dos Estados em relação à implementação dos tratados em geral na ordem jurídica nacional. Alguns Estados não adotaram quaisquer disposições legislativas, outros alteraram a legislação nacional de forma a incluir os direitos previstos no Pacto, sem fazerem referência aos

---

<sup>210</sup> EIDE – Economic, Social... p. 55.

<sup>211</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 19.

<sup>212</sup> SSENYONJO - Economic, Social and Cultural... p. 149.

termos específicos do Pacto, outros ainda incorporaram-nos no direito nacional nos exatos termos em que se encontram consagrados nos instrumentos internacionais.<sup>213 214</sup>

#### 7.3.4.2 A proteção dos direitos ESC ao nível nacional

No seguimento do exposto acima, ao nível nacional existem diferentes métodos de proteção dos direitos humanos: através da sua previsão em normas constitucionais, através da sua previsão em legislação ordinária e através do papel de outras instituições nacionais na monitorização e proteção dos direitos.<sup>215</sup>

O método mais comum é a previsão em disposições constitucionais, nomeadamente através de um capítulo sobre os direitos humanos. Este método é particularmente relevante na medida em que expressa um compromisso nacional pela proteção dos direitos. É preferível a proteção através de disposições constitucionais, e não apenas através de legislação ordinária, nomeadamente pela primazia e maior estabilidade das disposições constitucionais.<sup>216</sup>

No caso dos direitos CP, estes receberam uma extensa proteção através da sua inclusão nas constituições de vários países. Os particulares puderam, em geral, invocar as disposições constitucionais para obter proteção dos tribunais em caso de violação dos seus direitos. No que respeita aos direitos ESC, a sua previsão ao nível constitucional e o reconhecimento da sua justiciabilidade não foram generalizados. Apesar deste facto, alguns países, nomeadamente a África do Sul, a Hungria, a Lituânia e Portugal, incluem direitos ESC nas suas constituições e sujeitam-nos a alguma forma de recurso judicial. Especificamente, a Constituição da África do Sul de 1996 inclui uma série extensa de direitos CP e de direitos ESC como direitos justiciáveis. Acresce que as constituições de muitos países incluem pelo menos um ou dois direitos ESC justiciáveis, dos quais o mais comum é o direito à educação.<sup>217</sup> Uma análise realizada em 2008 a 186 constituições revelou que 135 das mesmas continham disposições relacionadas com a saúde.<sup>218</sup>

---

<sup>213</sup> SSENYONJO - Economic, Social and Cultural... p. 152.

<sup>214</sup> Comité dos DESC - Comentário Geral n.º 9, sobre a aplicação doméstica do Pacto, par. 6.

<sup>215</sup> GOUVEIA - A afirmação dos direitos fundamentais... p. 22 e 23.

<sup>216</sup> EIDE – Economic, Social... p. 84.

<sup>217</sup> EIDE – Economic, Social... p. 61.

<sup>218</sup> Cit. por ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. 31.

É ainda importante referir que o PIDESC e outros tratados internacionais de proteção dos direitos ESC podem ser uma fonte de interpretação das disposições constitucionais nacionais. A título de exemplo, a Constituição da República Portuguesa dispõe que “*Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem*”.<sup>219</sup> A Constituição da África do Sul expressamente determina que os tribunais considerem o Direito Internacional quando interpretam a Carta dos Direitos prevista constitucionalmente. Também o Supremo Tribunal do Canadá declarou que as convenções internacionais são fontes de interpretação das disposições da Carta dos Direitos nacional. Nos Estados Unidos, apesar de estes não terem ratificado até ao momento o PIDESC, os tribunais referiram o Pacto nas suas decisões e apoiaram-se em algumas das suas disposições, nomeadamente as relativas ao direito à educação.<sup>220</sup>

### 7.4. A jurisprudência internacional, regional e nacional relativa aos direitos ESC

A presente parte pretende ilustrar, sem caráter exaustivo, a evolução da justiciabilidade os direitos ESC aos níveis internacional, regional e nacional, através das decisões dos órgãos judiciais e quase-judiciais. Os casos apresentados estão divididos por temas relevantes, com o objetivo de ajudar a ilustrar os progressos alcançados, e sempre que possível com recurso a casos sobre o direito à saúde para concretizar a justiciabilidade deste direito com exemplos concretos. É ainda relevante referir que os casos apresentados dizem respeito a diferentes regiões do globo e a diferentes países, incluindo países em vias de desenvolvimento e países desenvolvidos.

#### 7.4.1 Os deveres de respeitar, proteger e realizar os direitos ESC

Em relação ao dever de respeitar, a Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, no caso *Social and Economic Rights Action (SERAC) / Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria*,<sup>221</sup> considerou que ao atacar, queimar e destruir diretamente várias casas e vilas do povo Ogoni causando a morte e a destruição, o Governo da Nigéria tinha violado o dever de respeito

---

<sup>219</sup> Art. 16.º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, Diário da República, n.º 155 – I Série - A, de 12 de agosto de 2005.

<sup>220</sup> EIDE – Economic, Social... p. 76.

<sup>221</sup> Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, *SERAC and CESR v. Nigeria*, Commiunication N° 155/96, de 13 a 27 de outubro de 2001.



dos direitos à vida e à dignidade, à saúde, de propriedade, a um ambiente saudável, à habitação, à alimentação e ao desenvolvimento económico, social e cultural da comunidade Ogoni.<sup>222</sup>

No caso *Jaftha v. Schoeman; Van Rooyen v. Stoltz*,<sup>223</sup> o Tribunal Constitucional da África do Sul decidiu que as disposições que permitiam a venda da habitação de uma pessoa para pagamento de uma dívida sem fiscalização judicial adequada violavam o dever de respeito do direito à habitação.<sup>224</sup>

Na Argentina, o Tribunal Supremo Estadual considerou que as disposições do Código Administrativo que permitiam ao Estado o despejo automático de inquilinos de casas do Estado era inconstitucional e violava os direitos a um processo justo e equitativo e à habitação, no caso *Comisión Municipal de la Vivienda c. Saaedra, Felisa Alicia y Otros*.<sup>225</sup>

O Tribunal Constitucional Federal Alemão decidiu em vários casos, nomeadamente nos casos *BVerfGE 82*, e *BVerfGE 87*,<sup>226</sup> que o Estado tem o dever de respeitar os meios necessários à subsistência e não pode taxar de forma a afetar o “mínimo existencial” acima mencionado.<sup>227</sup>

No que respeita ao dever de proteger, o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos considerou, nos casos *Mapiripán Massacre v. Colombia* e *Ituango Massacres v. Colombia*,<sup>228</sup> que os massacres perpetrados por grupos paramilitares na Colômbia eram uma violação do dever de proteção dos direitos ESC, pois causaram despejos forçados e a deslocação da população civil, bem como a perda das suas casas e dos seus meios de subsistência. O Estado foi considerado responsável, nomeadamente, por ter falhado na proteção da população civil dos ataques dos grupos paramilitares.

---

<sup>222</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 44-45.

<sup>223</sup> Tribunal Constitucional da África do Sul, *Jaftha v. Schoeman; Van Rooyen v. Stoltz*, (2005) 1 BCLR 78 (CC), de 8 de outubro de 2004.

<sup>224</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 43.

<sup>225</sup> Supremo Tribunal de Buenos Aires, *Comisión Municipal de la Vivienda c. Saaedra, Felisa Alicia y Otros* s/desalojo s/Recurso de Inconstitucionalidad Concedido, de 7 de outubro de 2002 e *Comisión Municipal de la Vivienda c. Tambo Ricardo* s/desalojo de 6 de outubro de 2002.

<sup>226</sup> Tribunal Constitucional Federal Alemão, *BVerfGE 82*, 60 (85), *BVerfGE 87*, 153 (169).

<sup>227</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 44.

<sup>228</sup> Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, *Mapiripán Massacre v. Colombia*, 15 de setembro de 2005, *Ituango Massacres v. Colombia*, 1 de julho de 2006.

No caso *SERAC and CESR v. Nigeria*,<sup>229</sup> a Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos também encontrou violações por parte do Estado por este ter falhado em regular e prevenir a atuação das companhias petrolíferas privadas que poluíram os recursos naturais e destruíram os meios de subsistência tradicionais do povo Ogoni. A Comissão considerou que o Estado tinha falhado no seu dever de proteção dos direitos à saúde, a um ambiente saudável e à proteção contra a degradação da riqueza e dos recursos naturais das comunidades.<sup>230</sup>

O primeiro caso a ser decidido pelo Comité Europeu dos Direitos Sociais foi o caso *International Commission of Jurists (ICJ) v. Portugal*,<sup>231</sup> no qual o referido Comité defendeu que a proibição do trabalho infantil se aplicava ao conjunto dos setores económicos e a todos os tipos de empresa, incluindo as empresas familiares, assim como a todas as formas de trabalho, remunerado ou não, incluindo os trabalhos agrícolas, o trabalho doméstico, o trabalho no domicílio e a subcontratação. O Comité considerou que a falha do Estado em fiscalizar as condições de trabalho das crianças constituía uma violação da Carta relativa ao dever de proteger.

Alguns casos na Argentina focaram a obrigação de proteger no contexto do direito à saúde. A título de exemplo, no caso *Etcheverry, Roberto E. v. Omint Sociedad Anónima de Servicios*,<sup>232</sup> o Supremo Tribunal decidiu que a recusa por um fundo privado de seguros de saúde em manter como beneficiário um cliente com VIH constituía uma violação do direito à saúde. O Supremo Tribunal considerou estas companhias têm deveres especiais em relação aos seus clientes que se estendem para além de um mero acordo comercial, incluindo deveres de proteção do direito à saúde.<sup>233</sup>

Quanto ao dever de realizar, o Comité Europeu dos Direitos Sociais, no caso *Autism-Europe v. France*,<sup>234</sup> considerou que as medidas adotadas pelo Governo Francês para proporcionar orientação, educação e orientação profissional às pessoas com autismo, especialmente crianças, eram insuficientes e consubstanciavam uma violação da Carta Social Europeia Revista.

---

<sup>229</sup> Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, *SERAC and CESR v. Nigeria*, Comunicação N.º 155/96, de 13-27 de outubro de 2001.

<sup>230</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 46.

<sup>231</sup> Comité Europeu dos Direitos Sociais, *International Commission of Jurists (ICJ) v. Portugal*, Decisão N.º 1/1998, de 10 de setembro de 1999.

<sup>232</sup> Supremo Tribunal Argentino, *Etcheverry, Roberto E. v. Omint Sociedad Anónima de Servicios*, de 13 de março de 2001.

<sup>233</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 48.

<sup>234</sup> Comité Europeu dos Direitos Sociais, *International Association Autism-Europe v. France*, Complaint N.º 1/2002, de 7 de novembro de 2003.

Um exemplo de referência é o caso *The Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others*,<sup>235</sup> no qual o tribunal decidiu que o Estado não tinha adotado as medidas razoáveis para atingir o direito em causa, mesmo sendo os seus recursos limitados e, apoiando-se nas disposições do PIDESC e na sua interpretação pelo Comité dos DESC, nomeadamente no Comentário Geral n.º 3, decidiu que o Estado devia criar e implementar, no limite dos recursos disponíveis, um programa razoável tendo em vista a realização progressiva do direito de acesso a um alojamento adequado.

Também na África do Sul, no caso *B. and others v. Minister of Correctional Services and others*,<sup>236</sup> o tribunal reconheceu o direito a receber tratamento médico adequado a toda a pessoa que se encontre detida ou presa, na medida em que o seu estatuto não justifica a limitação do seu direito. Como consequência, o tribunal ordenou a disponibilização de medicamentos a dois requerentes.

Na Índia, o Supremo Tribunal, no caso *People's Union for Civil Liberties v. Union of India and others*,<sup>237</sup> considerou que o Governo do Estado do Rajastão tinha falhado na implementação de medidas para prevenir e combater situações de fome e ordenou a adoção de medidas urgentes para resolver a situação.<sup>238</sup>

No que respeita ao direito à saúde, os tribunais na América Latina têm sido bastante ativos. A título de exemplo, o Supremo Tribunal da Argentina ordenou que o Ministério da Saúde disponibilizasse medicação relacionada com o VIH nos hospitais públicos no caso *Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social*.<sup>239</sup>

O Tribunal Constitucional da Colômbia decidiu centenas de vezes no sentido da disponibilização de medicamentos e/ou de tratamentos. Também os tribunais do Brasil, da Costa Rica e da Venezuela adotaram decisões neste sentido.<sup>240</sup>

---

<sup>235</sup> *The Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others*, 2000, CCT 11/00. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.pdf>.

<sup>236</sup> *B. and others v. Minister of Correctional Services and others*, 997 (6) BCLR 789 (C).

<sup>237</sup> Supremo Tribunal da Índia, *People's Union for Civil Liberties v. Union of India and others*, 2 de maio de 2003.

<sup>238</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 50.

<sup>239</sup> Por exemplo, Supremo Tribunal Administrativo da Argentina, *Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/amparo ley 16.688*, de 1 de junho de 2000.

<sup>240</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 51.

Um caso de referência a este respeito é o caso *Soobramoney v. Minister of Health, KwaZulu-Natal*,<sup>241</sup> muitas vezes apresentado como um dos casos que demonstra os limites da justiciabilidade dos direitos ESC, decidido pelo Tribunal Constitucional da África do Sul. Neste caso, uma pessoa idosa com insuficiência renal requereu o tratamento de diálise renal num hospital público com fundamento no direito à vida, pois dependia de tal tratamento para sobreviver. O requerente tinha sido considerado inelegível pela administração com a fundamentação de que tal tratamento não se enquadrava no tratamento médico de emergência protegido ao nível constitucional, mesmo se a sua vida estava em risco, na medida em que o direito a não ser recusado tratamento médico urgente deveria ser interpretado no contexto de recursos limitados, não se estendendo ao tratamento de doenças crónicas para prolongamento da vida. O Tribunal apoiou a decisão da administração, tendo considerado que os critérios de elegibilidade definidos eram razoáveis e considerou que não deveria interferir em decisões adotadas de boa fé pelos órgãos políticos. Na sequência desta decisão o paciente faleceu.<sup>242</sup> Este caso sugere que os tribunais poderão conceder maior latitude aos órgãos políticos no caso de obrigações positivas de realização progressiva e sujeitas aos recursos disponíveis.<sup>243</sup> Neste julgamento, o tribunal mostrou uma grande deferência em relação ao poder executivo, não tomando posição sobre se o Governo tinha atribuído a prioridade necessária à realização do direito através da disponibilização dos recursos necessários.<sup>244</sup>

### 7.4.2 As obrigações de efeito imediato e as obrigações de realização progressiva dos direitos ESC

Conforme anteriormente mencionado, enquanto algumas obrigações associadas aos direitos ESC requerem, no âmbito do PIDESC, uma realização progressiva, o Comité dos DESC clarificou que existem igualmente obrigações que têm aplicação imediata. Estas obrigações de efeito imediato implicam que o seu cumprimento pelos Estados pode ser imediatamente verificado pelos tribunais, contrariando a ideia de que a implementação destes direitos estaria na discricionariedade dos Estados. Já no caso das obrigações de realização progressiva, estas encontram-se sujeitas a um escrutínio diferente por parte dos tribunais, apesar de este também existir.<sup>245</sup>

---

<sup>241</sup> Tribunal Constitucional da África do Sul, *Soobramoney v. Minister of Health, KwaZulu-Natal*, 1998 (1) SA 765 (CC), de 27 de novembro de 1997.

<sup>242</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 52.

<sup>243</sup> EIDE – Economic, Social... p. 65.

<sup>244</sup> ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. 133.

<sup>245</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 25.

Especificamente em relação ao direito ao trabalho, a Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos considerou que as obrigações positivas de detetar e erradicar práticas que violam a proibição da discriminação, a proibição do trabalho forçado, o direito a uma remuneração justa e o direito a gozar de condições de trabalho compatíveis com a dignidade humana têm efeito imediato no âmbito do Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, independentemente da situação económica dos Estados. Um exemplo é caso *Malawi African Association and Others v. Mauritania*.<sup>246 247</sup>

O Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos decidiu no mesmo sentido no caso *Ituango Massacres v. Colombia*<sup>248</sup> que envolveu nomeadamente violações do direito ao trabalho. Neste caso, no seguimento de um massacre de civis perpetrado por grupos paramilitares com a conivência de membros do exército colombiano, os perpetradores roubaram gado às vítimas e forçaram um grupo de camponeses a transportar o gado para território sob o controlo dos grupos paramilitares, sem pagamento e sob ameaça de violência. O Tribunal considerou que a proibição de trabalho forçado tinha efeito imediato segundo a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos e decidiu que o Estado era responsável pela violação deste direito.<sup>249</sup>

Ao nível nacional, o Supremo Tribunal Colombiano distinguiu quanto à interpretação dos direitos ESC, entre direitos diretamente relacionados com a proteção da vida, que considerou de aplicação imediata, e outras obrigações relativamente às quais é necessária a adoção de medidas legislativas ou outras e que são, consequentemente, de realização progressiva. Quanto à justiciabilidade, o tribunal decidiu que mesmo aspetos sujeitos a realização progressiva podem ser justiciáveis, caso o Estado não tenha adotado as medidas adequadas à realização progressiva do direito.<sup>250 251</sup>

No âmbito do direito à habitação, os tribunais de vários países adotaram decisões relativas a despejos forçados, considerando que, apesar de estar em causa um direito de realização

---

<sup>246</sup> Por exemplo, Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, *Malawi African Association and Others v. Mauritania*, *Comm. Nos.* 54/91, 61/91, 98/93, 164/97-196/97, 210/98.

<sup>247</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 27.

<sup>248</sup> Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, *Ituango Massacres v. Colombia*, de 1 de julho de 2006.

<sup>249</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 28.

<sup>250</sup> Tribunal Constitucional Colombiano, decisão T-484/1992, de 11 de agosto de 1992 e decisão T-595/2002, de 1 de agosto de 2002.

<sup>251</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 26.

progressiva, existem aspetos do mesmo que são de aplicação imediata. Assim, quando estão em causa despejos, os Estados estão sujeitos a uma obrigação negativa, não podendo levar a cabo despejos forçados sem justificação legal ou sem o cumprimento dos procedimentos legais. No caso *Ain o Salish Kendra (ASK) v. Government and Bangladesh & Ors*<sup>252</sup>, o Supremo Tribunal do Bangladesh decidiu que o Governo, antes de realizar um despejo massivo, devia levar a cabo um plano de realojamento, realizar os despejos de forma progressiva e levar em consideração a capacidade dos despejados para encontrar um alojamento alternativo.

No que respeita às obrigações de realização progressiva dos direitos ESC, decorre desde logo a proibição da adoção de medidas regressivas por parte dos Estados, o que significa que qualquer medida adotada que suprima, restrinja ou limite o conteúdo de um direito já garantido por lei, é uma violação. Apesar de a proibição de medidas regressivas não ser absoluta, para que as mesmas sejam admissíveis, o Comité dos DESC considerou que o Estado tem de justificar que estas são absolutamente necessárias e que não existem medidas alternativas ou menos restritivas, limitando assim fortemente a sua utilização.<sup>253 254</sup>

A este respeito, a Comissão Interamericana de Direitos do Homem considerou, no caso *Jorge Odir Miranda Cortez y otros c. El Salvador*,<sup>255</sup> no qual foi invocada a necessidade de acesso a medicamentos contra o VIH no âmbito do direito à saúde, que existe a interdição de adotar medidas legislativas regressivas em relação ao nível de proteção já alcançado.<sup>256</sup>

O Tribunal Constitucional Português, no Acórdão N° 509/2002,<sup>257</sup> analisou uma alteração da idade mínima para beneficiar do rendimento mínimo garantido de 18 para 25 anos, excluindo pessoas que anteriormente estavam cobertas pelo regime. O Tribunal considerou que a nova legislação era inconstitucional na medida em que constituía uma privação desse direito para a categoria de pessoas excluídas.<sup>258</sup>

---

<sup>252</sup> Tribunal Supremo do Bangladesh, *Ain o Salish Kendra (ASK) v. Government and Bangladesh & Ors* 19 BLD (1999) 448, de 29 de julho de 2001.

<sup>253</sup> Comité dos DESC - Comentário Geral n.º 9, sobre a aplicação doméstica do Pacto, par. 9.

<sup>254</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 29-30.

<sup>255</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Jorge Odir Miranda Cortez y otros c. El Salvador*, Caso 12.249, de 20 de março de 2009.

<sup>256</sup> ROMAN - « Droits des Pauvres, Pauvres Droits ? »... p. 126.

<sup>257</sup> Tribunal Constitucional Português, Acórdão N° 509/2002, de 19 de dezembro de 2002.

<sup>258</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 30.

Especificamente em relação ao direito à saúde, o Tribunal Constitucional Português, no Acórdão 39/84,<sup>259</sup> decidiu que a revogação de uma lei que estabelecia um departamento de saúde violava a proibição de regressão e era, consequentemente, inconstitucional.<sup>260 261</sup> Segundo o Tribunal: “*Impõe-se uma conclusão: após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar essa lei repondo o estado de coisas anterior*” e “*O Serviço Nacional de Saúde pode ser modificado; só a existência de um serviço nacional de saúde passou a ser um dado adquirido no património do direito à saúde, sendo, como tal, irreversível (a não ser mediante revisão constitucional que o permitisse)*”.<sup>262</sup>

Os tribunais de vários outros países rejeitaram medidas regressivas, nomeadamente da Argentina, da Bélgica e da Colômbia. Existem igualmente exemplos de casos em que os tribunais nacionais aceitaram a introdução de medidas regressivas pois consideraram que estas foram justificadas pelo Estado.<sup>263</sup>

#### 7.4.3 Não discriminação e igualdade perante a lei

Em relação à proibição da discriminação e à igualdade perante a lei, que como já foi referido acima é uma obrigação de efeito imediato,<sup>264</sup> o Comité dos Direitos do Homem, no caso *W. M. Broeks v. the Netherlands*,<sup>265</sup> um caso de proteção indireta dos direitos ESC, considerou que o artigo 16.º do PIDCP proíbe qualquer discriminação de direito ou de facto em todos os domínios da autoridade e da proteção dos poderes públicos. Este princípio de não discriminação enunciado vale não apenas em relação ao gozo dos direitos CP garantidos pelo Pacto, mas também em relação a qualquer legislação nacional, de caráter social ou não. Neste sentido, se um Estado reconhece certos direitos ESC, deve garanti-los sem qualquer discriminação. O princípio de não-discriminação dos direitos ESC torna-se assim de aplicação imediata e de invocabilidade direta.<sup>266</sup>

---

<sup>259</sup> Tribunal Constitucional Português, Acórdão N.º 39/84, de 11 de abril de 1984. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>.

<sup>260</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 32.

<sup>261</sup> EIDE – Economic, Social... p. 68.

<sup>262</sup> Tribunal Constitucional Português, Acórdão N.º 39/84, de 11 de abril de 1984, p. 1465.

<sup>263</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 30.

<sup>264</sup> Comité dos DESC - Comentário Geral n.º 3, sobre a natureza das obrigações dos Estados Partes, par. 3.

<sup>265</sup> *W. M. Broeks v. the Netherlands*, Comunicação No. 172/1984, de 9 de abril de 1987.

<sup>266</sup> ROMAN - « Droits des Pauvres, Pauvres Droits ? »... p. 50.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso *Gaygusuz v. Austria*,<sup>267</sup> considerou que a diferença de tratamento entre nacionais e não-nacionais quanto à sua elegibilidade no que respeita a um esquema contributivo de assistência em emergências era discriminatória por não se fundamentar em justificações objetivas, nem razoáveis.<sup>268</sup>

Um dos casos mais relevantes a este respeito foi o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*,<sup>269</sup> decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos, relativo ao direito à educação. O tribunal decidiu que a existência de escolas segregadas segundo critérios raciais correspondia a uma violação da cláusula da igualdade de proteção e ordenou a revisão do sistema escolar.<sup>270</sup>

O Tribunal Constitucional da África do Sul considerou o caso *Khasa and others v. Minister of Social Development and others*,<sup>271</sup> relativo à restrição do acesso a benefícios sociais exclusivamente aos cidadãos Sul Africanos. Os queixosos eram um grupo de cidadãos Moçambicanos com residência permanente na África do Sul que alegavam que o *Social Assistance Act* os discriminava com base na nacionalidade. O Governo alegou que a discriminação era justificada para evitar o afluxo de imigrantes, que levaria à insustentabilidade financeira do sistema. O tribunal rejeitou os argumentos do Governo e considerou que a exclusão de residentes permanentes era uma discriminação injustificada que violava o direito de acesso à assistência social previsto na Constituição e declarou as disposições em causa do *Social Assistance Act* inconstitucionais.

Quanto à discriminação com base na orientação sexual, os tribunais americanos decidiram vários casos na área do direito à habitação. O Tribunal de Recursos de Nova Iorque decidiu, no caso *Braschi v. Stahl Associates Co.*,<sup>272</sup> que o parceiro do mesmo sexo de um inquilino deveria ser considerado como membro da sua família e consequentemente protegido de despejo.<sup>273</sup> Em casos de discriminação mais complexos,<sup>274</sup> os tribunais americanos tomaram várias decisões relativas ao financiamento do sistema de educação público. Os pedidos alegavam que a alocação de recursos financeiros era discriminatória por falhar na provisão de financiamento igual a

---

<sup>267</sup> Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Gaygusuz v. Austria*, de 16 de setembro de 1996.

<sup>268</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 56.

<sup>269</sup> Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 US 483 (1954).

<sup>270</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 55.

<sup>271</sup> Tribunal Constitucional da África do Sul, *Khasa and others v. Minister of Social Development and others*, 2004 (6) SA 505 (CC), de 4 de março de 2004.

<sup>272</sup> Tribunal de Recursos de Nova Iorque, *Braschi v. Stahl Associates Co.*, 1989 (544 N.Y.S.2d 784).

<sup>273</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 57.

<sup>274</sup> Por exemplo, *Serrano v. Priest*, 1976; *Robinson v. Cahill*, 1973; *Abbot v. Burke*, 1990.



diferentes distritos educativos ou na disponibilização de financiamento suficiente para assegurar padrões mínimos. Havia uma disparidade de recursos entre distritos pobres e ricos devido a uma combinação de fatores geográfico e socioeconómicos. Dos 36 casos sobre esta matéria, em 20 os tribunais ordenaram a reformulação das alocações financeiras de forma a cumprir os padrões de igualdade na educação.<sup>275</sup>

No que respeita às medidas de discriminação positivas, que visam garantir uma proteção especial a grupos desfavorecidos, vulneráveis ou minoritários, o Supremo Tribunal do Canadá considerou, no caso *Eldridge v. British Columbia*,<sup>276</sup> que a falta de disponibilização de intérpretes em linguagem gestual para pacientes surdos nos centros de saúde constituía uma discriminação no que respeitava ao gozo do serviço, na medida em que este grupo beneficiavam de um serviço de menor qualidade quando comparado com as pessoas sem deficiência. O tribunal ordenou a adoção de medidas especiais para assegurar um benefício igual dos serviços de saúde públicos.<sup>277</sup>

#### 7.4.4 O nível essencial mínimo

A ideia de um nível essencial mínimo, já antes referida e defendida pelo Comité dos DESC, tem servido de base à definição das responsabilidades do Estado no que respeita aos direitos ESC ao nível internacional assim como em alguns países, apesar de não recolher um apoio generalizado.

O Comité dos Direitos do Homem, num caso de justiciabilidade indireta dos direitos ESC através dos direitos CP, o caso *Jacob and Jantina Hendrika van Oord v. The Netherlands*,<sup>278</sup> afirmou em 1997 que a obrigação de respeitar o direito a não ser submetido a tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes implica a obrigação de garantir um certo número de direitos ESC aos detidos, os quais correspondem quase ao direito a um nível de vida suficiente: um mínimo de superfície e de volume de ar para cada detido, instalações sanitárias suficientes, vestuário que não deve ser degradante ou humilhante, uma cama separada e alimentação com valor nutritivo suficiente para assegurar a saúde e o vigor dos detidos. O Comité considerou ainda que estas normas mínimas devem ser respeitadas qualquer que seja o nível de desenvolvimento do Estado

---

<sup>275</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 58.

<sup>276</sup> Supremo Tribunal do Canadá, *Eldridge v. British Columbia* (Attorney General), 151 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 577, 616 (1997).

<sup>277</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 59-60.

<sup>278</sup> Comité dos Direitos do Homem, *Jacob and Jantina Hendrika van Oord v. The Netherlands*, 658/1995, de 21 de julho de 1997.

Parte e mesmo se considerações económicas ou orçamentais podem tornar essas obrigações difíceis de cumprir. Consequentemente, o Comité considerou que estas normas são de aplicação imediata e que podem ser invocadas diretamente perante o Comité.<sup>279</sup>

Ao nível nacional, a Alemanha é um dos países onde os tribunais recorreram a esta noção. O Tribunal Federal Constitucional e o Tribunal Federal Administrativo deram exemplos de um conteúdo essencial mínimo dos direitos, decorrentes dos princípios constitucionais do Estado de bem-estar social e do conceito de dignidade humana. Os tribunais decidiram que estes princípios constitucionais podem ser traduzidos em obrigações positivas do Estado de proporcionar um “mínimo existencial” ou um “mínimo vital” que inclui o acesso das pessoas em situação de necessidade a alimentação, alojamento e assistência social.<sup>280</sup>

Especificamente em relação ao direito à saúde, o acesso a cuidados de saúde essenciais foi considerado uma componente significativa do direito à saúde pelo Supremo Tribunal Argentino, o qual decidiu que, à luz do direito à saúde garantido pela Constituição e pelos tratados internacionais de direitos humanos, as disposições legais que garantem o acesso a serviços de saúde requerem a provisão de serviços de saúde essenciais em caso de necessidade.<sup>281 282</sup>

Em sentido diferente, o Tribunal Constitucional Sul Africano, no chamado caso *Grootboom*,<sup>283</sup> não aplicou a noção do Comité dos DESC de ‘nível essencial mínimo’. O tribunal considerou que o limiar mínimo do direito dependia das necessidades concretas e das oportunidades para o gozo do direito. O tribunal não excluiu a noção de um núcleo mínimo, mas favoreceu uma abordagem flexível e casuística sujeita ao critério da razoabilidade, segundo a qual não existe um nível mínimo universal pré-estabelecido.<sup>284</sup> Mais tarde, no caso *Mazibuko v. City of Johannesburg*,<sup>285</sup> de 2009, o Tribunal Constitucional Sul Africano rejeitou mesmo a noção de núcleo mínimo, independentemente dos recursos disponíveis, e focou-se na noção de razoabilidade, que será adiante referida e desenvolvida.<sup>286</sup>

---

<sup>279</sup> ROMAN - « Droits des Pauvres, Pauvres Droits ? »... p. 49-50.

<sup>280</sup> BVerfGE 1, 97 (104), BVerfGE 40, 121 (133), BVerfGE 45, 187 (229), BVerfGE 82, 60 (85).

<sup>281</sup> Supremo Tribunal Argentino, Reynoso, Nida Noemí c/ INSSJP s/amparo, 16 de Maio de 2006.

<sup>282</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 25.

<sup>283</sup> *Grootoom v. Oostenberg Municipality* (2000) 3 BCLR 277 (C) e *The Government of the Republic of South Africa and others v. Irene Grootboom and others*.

<sup>284</sup> ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. 134.

<sup>285</sup> *Lindine Mazibuko & Others v City of Johannesburg & Others*, Case CCT 39/09, [2009] ZACC 28.

<sup>286</sup> ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. 46.

#### 7.4.5 A razoabilidade, a adequação e a proporcionalidade

Várias jurisdições ao nível mundial recorrem a considerações de razoabilidade, adequação e proporcionalidade na consideração de casos que envolvem violações de direitos, independentemente das respetivas tradições jurídicas. Ao utilizar estes padrões, o controlo jurisdicional fundamenta-se num exame dos meios utilizados pelas autoridades públicas em relação aos objetivos prosseguidos.<sup>287</sup>

O Supremo Tribunal da Argentina, no caso *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud – Estado Nacional*,<sup>288</sup> manteve a decisão do tribunal inferior que anulou uma regulamentação que excluía do seguro de saúde mínimo obrigatório alguns tratamentos relacionados com a esclerose múltipla. O tribunal considerou que a regulamentação era desrazoável na medida em que excluía sem justificação beneficiários anteriormente cobertos e afetava o direito à saúde tal como protegido pelos tratados internacionais.

O Tribunal Constitucional Checo, no caso *Pl. US 42/04*,<sup>289</sup> adotou uma abordagem semelhante, tendo considerado como inadmissíveis alguns requisitos obrigatórios por serem desnecessários, desproporcionais e contrários ao princípio da igualdade. A lei exigia que o potencial beneficiário fizesse uma queixa para requerer uma prestação para um menor dependente e o tribunal considerou que o mesmo objetivo podia ser atingido por outros meios que não afetassem o direito fundamental em causa.

Um caso referência a este respeito foi o já referido caso *Grootoom v. Oostenberg Municipality*,<sup>290</sup> relativo à constitucionalidade de uma política de alojamento implementada pelo Governo da África do Sul. Em sede de recurso, no caso *The Government of the Republic of South Africa and others v. Irene Grootboom and others*,<sup>291</sup> o Tribunal Constitucional debruçou-se sobre a questão de saber se o Estado estava obrigado a proporcionar às pessoas sem abrigo um alojamento temporário. O Tribunal Constitucional considerou que o Estado tinha a obrigação de estabelecer um plano global e exequível para dar cumprimento às suas obrigações no âmbito do direito à habitação

---

<sup>287</sup> ROMAN - « Droits des Pauvres, Pauvres Droits ? »... p. 34.

<sup>288</sup> Supremo Tribunal Argentino, *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud – Estado Nacional* s/acción de amparo-medida cautelar, Decisão do tribunal, de 18 de dezembro de 2003.

<sup>289</sup> Tribunal Constitucional da República Checa, Pl. US 42/04, de 6 de junho de 2006.

<sup>290</sup> *Grootoom v. Oostenberg Municipality* (2000) 3 BCLR 277 (C).

<sup>291</sup> Tribunal Constitucional Sul Africano, *The Government of the Republic of South Africa and others v. Irene Grootboom and others*, 2001 (1) SA 46 (CC), 4 de outubro de 2000.

previsto na constituição do país. No cumprimento destas obrigações, o Tribunal considerou que as autoridades deveriam considerar três elementos: a necessidade de adotar medidas legislativas e outras razoáveis; a necessidade de alcançar a realização progressiva do direito e o requisito de utilizar os recursos disponíveis. Quanto à razoabilidade das medidas, o Tribunal considerou que o Estado tinha o dever legal de, pelo menos, desenvolver um plano de ação, tendo considerado que a política de habitação existente era desrazoável e consequentemente inconstitucional.<sup>292</sup>

Outro caso de referência perante os tribunais sul africanos, diz respeito ao direito à saúde. Estava em causa a adequabilidade dos esforços do Estado para prevenir a transmissão do VIH, em particular de mãe para filho durante o nascimento. Estudos da OMS e do Conselho de Controlo dos Medicamentos da África do Sul tinham demonstrado que a administração do medicamento antirretroviral Nevirapine prevenia a transmissão do VIH de mãe para filho na larga maioria dos casos. No entanto, o Estado recusava-se a proporcionar este medicamento de forma generalizada nos serviços de saúde. A organização *Treatment Action Campaign*, representando um grupo de ONG e de movimentos sociais, requereu ao Tribunal Superior a disponibilização do medicamento em todos os serviços de saúde, tendo o tribunal decidido nesse sentido. Em sede de recurso,<sup>293</sup> o Tribunal Constitucional considerou que, enquanto o Governo estava melhor colocado do que os tribunais para formular e implementar a política relativa ao HIV, tinha falhado na adoção de uma medida razoável para alcançar a realização progressiva do direito de acesso a serviços de saúde.<sup>294</sup> O Tribunal ordenou, nomeadamente, a disponibilização do medicamento de forma generalizada nos serviços de saúde e a elaboração de um plano dedicado à prevenção da transmissão do VIH entre mãe e filho.<sup>295</sup>

### 7.4.6 A proteção indireta dos direitos ESC através dos direitos CP

Como referido anteriormente, existe uma longa tradição de garantir indiretamente os direitos ESC através de uma interpretação dos direitos CP que abrange os direitos ESC, baseada nomeadamente na indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. Tal tem sido bastante importante nas jurisdições que não aceitam ou limitam a justiciabilidade dos direitos ESC, na medida em que permite a sua proteção, mesmo se com limitações.<sup>296</sup>

---

<sup>292</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 38-39.

<sup>293</sup> Tribunal Constitucional da África do Sul, *South African Minister of Health v. Treatment Action Campaign*, 220 (5) SA 721, de 5 de julho de 2002.

<sup>294</sup> ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. 135.

<sup>295</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 39-40.

<sup>296</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 65.

O Comité dos Direitos do Homem admitiu progressivamente a justiciabilidade de alguns elementos dos direitos ESC através dos direitos CP, reforçando assim indiretamente a efetividade dos direitos ESC. Note-se o caso relativo ao direito à saúde *K.N.L.H v. Peru*,<sup>297</sup> no qual o Comité constatou que a recusa do Estado em autorizar um aborto terapêutico podia constituir uma ingerência arbitrária na vida privada, uma violação da proibição de tratamentos inumanos e degradantes e, aliada à ausência de apoio médico e psicológico, uma violação do direito dos menores a proteção.<sup>298</sup>

Na Índia, a Constituição prevê os “Princípios Diretores da Política do Estado” que consistem em objetivos económicos e sociais que o Estado deve aplicar na elaboração da legislação e pretendem garantir a justiça social e necessidades tais como a alimentação, a educação, o sistema de saúde pública e condições de trabalho decente. A particularidade é o facto de estes princípios não serem considerados direitos e de ser expressamente prevista a sua injusticiabilidade. No entanto, o Supremo Tribunal Indiano decidiu que estes princípios são de extrema importância na interpretação do conteúdo dos direitos fundamentais. Assim, o direito à vida, previsto na Constituição indiana, foi interpretado extensivamente pelo tribunal de forma a incluir o direito a um nível de vida suficiente, incluindo as necessidades da vida tais como alimentação, vestuário e alojamento suficientes, a saúde e a educação. Tal não significa que passaram a existir estes direitos, mas criou a base para proteger as pessoas contra a privação de benefícios socioeconómicos.<sup>299</sup>

O Tribunal Constitucional Colombiano decidiu em vários casos<sup>300</sup> que os direitos ESC são justiciáveis quando relacionados com um direito fundamental previsto na Constituição. Por exemplo, considerou que a falha em proporcionar acesso aos serviços de saúde pode implicar uma violação do direito à vida.<sup>301</sup>

Em relação ao direito a uma habitação condigna, existe vasta jurisprudência. Assim, o Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem decidiu em diversos casos,<sup>302</sup> alguns dos quais já

---

<sup>297</sup> Comité dos Direitos do Homem, *K.N.L.H v. Peru*, Comunicação No. 1153/2003, de 22 de novembro de 2005.

<sup>298</sup> ROMAN - « Droits des Pauvres, Pauvres Droits ? »... p. 49.

<sup>299</sup> EIDE – Economic, Social... p. 73.

<sup>300</sup> Por exemplo, Tribunal Constitucional Colombiano, T-484/1992, de 11 de agosto de 1992.

<sup>301</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 66.

<sup>302</sup> Por exemplo, Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem, *Ituango Massacres v. Colombia*, de 1 de julho de 2006.

referidos, que despejos forçados, deslocações e a destruição de casas constituem uma violação do direito de propriedade, do direito a não ser objeto de intervenções arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência e da liberdade de circular e escolher a sua residência.<sup>303</sup>

O direito à segurança e assistência sociais tem, por sua vez, sido ligado ao direito de propriedade. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considerou, nos casos *Macovei and others v. Moldova* e *Pearson v. Reino Unido*,<sup>304</sup> que os pagamentos da segurança social e da assistência social estão protegidos pelo direito ao respeito dos seus bens.<sup>305</sup>

Quanto ao direito de formar e de se filiar no sindicato da sua escolha, em várias ocasiões o mesmo foi protegido através da liberdade de associação, quer pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem,<sup>306</sup> quer pelo Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos.<sup>307</sup>

Os direitos ao trabalho e de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis têm, por seu turno, sido defendidos através do recurso à proibição da escravatura, da servidão e do trabalho forçado.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considerou que a França tinha violado os seus deveres no âmbito do artigo 4.º da CEDH, que proíbe a escravatura e a servidão, e o trabalho forçado ou obrigatório, ao ter falhado na proteção adequada de um menor a viver em condições de exploração, no caso *Siliadin v. França*.<sup>308</sup>

Também o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos considerou que a Colômbia tinha violado as suas obrigações ao ter agido em cumplicidade com os grupos paramilitares que forçaram um grupo de camponeses a trabalhos forçados, no supramencionado caso *Ituango Massacres v. Colombia*.<sup>309 310</sup>

---

<sup>303</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 67.

<sup>304</sup> Por exemplo, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Macovei and others v. Moldova*, de 25 de abril de 2006.

<sup>305</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 69.

<sup>306</sup> Por exemplo, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Demir & Baykara v. Turquia*, de 21 de novembro de 2006.

<sup>307</sup> Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem, *Baena Ricardo et Al. v. Panama*, de 2 de fevereiro de 2001.

<sup>308</sup> Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Siliadin v. França*, de 26 de julho de 2005.

<sup>309</sup> Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem, *Ituango Massacres v. Colombia*, de 1 de julho de 2006.

<sup>310</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 70.

A Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos também decidiu no mesmo sentido em vários casos, nomeadamente no caso *Malawi African Association and Others v. Mauritania*.<sup>311</sup>

Especificamente em relação ao direito à saúde, este tem sido alcançado em diversos países através dos direitos à vida, a não ser submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes e ao respeito da vida privada.

No caso *D. v. Reino Unido*,<sup>312</sup> o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem realçou a ligação entre a manutenção de serviços de saúde e a proibição de tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes, tendo decidido que a deportação de um prisioneiro que estava a beneficiar de um tratamento para o VIH para um país onde esse tratamento não estava disponível corresponde a uma violação do direito a não ser submetido a tratamentos inumanos ou degradantes, no âmbito da CEDH.<sup>313</sup>

Igualmente a este respeito, na Índia, os tribunais interpretaram o direito à saúde, que se encontra previsto constitucionalmente como um Princípio Diretor da Política do Estado e não como um direito humano, como uma parte integral do direito à vida, este previsto ao nível constitucional. No caso *Paschim Banga Khet Mazdoor Samity v. State of West Bengal*,<sup>314</sup> o Supremo Tribunal Indiano ordenou que o governo criasse um plano de cuidados de saúde primários para resolver situações que requerem cuidados médicos imediatos. O requerente, que tinha caído de um comboio e como consequência disso tinha sofrido ferimentos, foi negado tratamento em diversos hospitais. O Supremo Tribunal Indiano declarou que a assistência médica era essencial à proteção do direito à vida.<sup>315</sup> No caso *Consumer Education and Research Centre v. Union of India*,<sup>316</sup> o Tribunal proclamou um direito fundamental à saúde, tendo ordenado que os requerentes recebessem um seguro de saúde obrigatório como uma parte integral do referido direito. No caso *C.E.S.C Ltd. Etc v. Subhash Chandr Bose and Ors.*,<sup>317</sup> o Tribunal referiu-se a disposições internacionais, incluindo

---

<sup>311</sup> Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, *Malawi African Association and Others v. Mauritania*, de 11 de maio de 2000.

<sup>312</sup> Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *D. v. Reino Unido*, de 2 de maio de 1997.

<sup>313</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 66.

<sup>314</sup> *Paschim Banga Khet Mazdoor Samity & Ors v State of West Bengal & Anor*, de 6 de maio de 1996.

<sup>315</sup> ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. 29-31.

<sup>316</sup> Supremo Tribunal da Índia, *Consumer Education and Research Centre v. Union of India*, de 13 de setembro de 2010.

<sup>317</sup> Supremo Tribunal da Índia, *C.E.S.C. Ltd. v. Subhash Chandra Bose and Ors.*, de 15 de novembro de 1991.

o artigo 25.º da DUDH, para estabelecer a saúde como um direito humano fundamental. No caso *State of Punjab & Ors. v. Mohinder Singh Chawala Etc.*,<sup>318</sup> o Tribunal confirmou que “*it is now settled law that right to health is an integral part of the right to life*”.<sup>319</sup> No caso *Laxmi Mandal v. Deen Dayal Harinagar Hospital & Ors.*,<sup>320</sup> o Tribunal Superior de Deli sublinhou a inter-relação do direito à saúde, não só com o direito à vida, mas também com o direito à alimentação. Segundo o tribunal, o direito à saúde deve ser interpretado de forma a incluir o direito de acesso a instalações públicas de saúde e a receber um padrão mínimo de tratamento e cuidados, bem como a aplicação dos direitos reprodutivos da mãe e o direito à nutrição e a tratamento médico do recém-nascido até aos seis anos.<sup>321</sup>

Na Colômbia, o direito à saúde encontra-se previsto na Constituição, no capítulo dedicado aos direitos ESC e não no capítulo que enumera os direitos fundamentais justiciáveis. Apesar deste facto, o Tribunal Constitucional decidiu que os direitos ESC eram justiciáveis quando relacionados com um direito fundamental previsto na Constituição, segundo a teoria da conectividade desenvolvida pelo tribunal.<sup>322</sup> Nesse sentido, em vários casos,<sup>323</sup> o tribunal fez valer que a falha em proporcionar acesso aos serviços de saúde podia implicar, por exemplo, uma violação do direito à vida.<sup>324</sup> A interpretação feita pelo Tribunal Constitucional em relação à justiciabilidade do direito à saúde tem evoluído, tendo o tribunal, mais recentemente, abandonado a teoria da conectividade e considerado que o direito à saúde é justiciável independentemente da sua conexão com outros direitos, nomeadamente no caso T-760/08.<sup>325</sup> Neste caso, os queixosos alegaram a incapacidade do sistema em assegurar os serviços de saúde garantidos pela legislação nacional. O tribunal considerou que o direito à saúde era justiciável e distinguiu um núcleo mínimo essencial do direito à saúde, com efeito imediato.<sup>327</sup> O tribunal decidiu a favor dos queixosos, tendo ordenado às autoridades nacionais responsáveis a adoção das medidas necessárias para resolver os problemas sistémicos do sistema de saúde.

---

<sup>318</sup> Supremo Tribunal da Índia, *State Of Punjab & Ors vs Mohinder Singh Chawla Etc*, de 17 de dezembro de 1996.

<sup>319</sup> ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. 31.

<sup>320</sup> Tribunal Superior de Deli, *Laxmi Mandal v. Deen Dayal Harinagar Hospital & Ors, W.P.*, de 6 de abril de 2010.

<sup>321</sup> ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. 32.

<sup>322</sup> Tribunal Constitucional Colombiano, T-491/92, de 1992; T-328/93, de 1993; T-406/92, de 1992.

<sup>323</sup> Por exemplo, Tribunal Constitucional Colombiano, T-484/1992, de 11 de agosto de 1992, T-328/1993, de 12 de agosto de 1993, T-494/93, de 28 de outubro de 1993.

<sup>324</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 66.

<sup>325</sup> Tribunal Constitucional Colombiano, T-760/08, de 2008.

<sup>326</sup> ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. 32.

<sup>327</sup> ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. 46.



Na prática, as medidas implicavam uma reestruturação do sistema de saúde colombiano, de forma financeiramente sustentável. Este caso tem sido considerado excepcionalmente ambicioso, havendo quem questione a competência do tribunal para ordenar a adoção de medidas estruturais no âmbito do sistema de saúde.<sup>328</sup>

No Reino Unido, vários casos, nomeadamente o caso *N (FC) v. Secretary of State for the Home Department*,<sup>329</sup> são relativos a situações de expulsão do país de pessoas que se encontravam a receber tratamento antirretroviral. Os requerentes de asilo têm sido considerados elegíveis para o tratamento do VIH enquanto o seu processo se encontra pendente. Quanto aos imigrantes ilegais e aqueles que viram o seu pedido de asilo recusado, podem ver-se em situação de expulsão para o seu país de origem, onde muitas vezes o tratamento pode não estar disponível ou ser menos eficaz. A questão colocada foi se esta expulsão consistia num tratamento inumano ou degradante. Os tribunais do Reino Unido, apoiados pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, decidiram que só em circunstâncias excecionais, quando o requerente está extremamente doente ou em fase terminal, é que poderá verificar-se uma violação do referido artigo e a sua expulsão ser ilegal. A situação tem evoluído no sentido da redução das restrições à elegibilidade para receber tratamento, independentemente do estatuto migratório, na medida em que o tratamento do HIV reduz a infecciosidade e constitui assim um importante benefício para a saúde pública. No caso *Adalberto Jesus de Almeida v. RBKC*,<sup>330</sup> o tribunal reconheceu que a escassez de recursos que resulte na negação de cuidado e assistência a uma pessoa nas últimas fases da doença pode equivaler a uma violação dos artigos 3.º e 8.º da CEDH.<sup>331</sup>

Do exposto no presente capítulo, diferentes órgãos judiciais e quase-judiciais têm decidido casos de violações dos direitos ESC, contrariando as opiniões segundo as quais estes direitos não seriam justiciáveis e desenvolvendo padrões sobre a implementação das obrigações relativas aos direitos ESC.<sup>332</sup> Os órgãos judiciais e quase-judiciais internacionais, regionais e nacionais têm decidido, designadamente, casos de violações dos deveres de respeito, de proteção e de realização dos direitos, assim como casos de violações de obrigações de efeito imediato,

---

<sup>328</sup> ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. 29.

<sup>329</sup> Câmara dos Lordes, *N (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, de 5 de maio de 2005.

<sup>330</sup> England and Wales High Court, *Adalberto Jesus de Almeida v. Royal Borough of Kensington and Chelsea*, de 27 de abril de 2012.

<sup>331</sup> ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. 213.

<sup>332</sup> CURTIS – Courts and the Legal Enforcement... p. 64.

nomeadamente a proibição de adoção de medidas regressivas, e ainda casos relativos à adoção das medidas adequadas para alcançar a realização progressiva dos direitos ESC. A proibição de discriminação, a eventual existência de um nível essencial mínimo de cada direito e o recurso a critérios de razoabilidade, adequação e proporcionalidade têm igualmente servido de fundamento para apreciar casos de incumprimento das obrigações decorrentes destes direitos. É ainda relevante realçar a proteção que foi dada aos direitos ESC através dos direitos CP e dos seus mecanismos de proteção, nomeadamente em relação ao direito à saúde, que foi protegido através de diversos direitos, tais como os direitos à vida, à vida privada, à alimentação e à proibição dos tratamentos inhumanos ou degradantes.

Os tribunais de vários países do Sul, designadamente da África do Sul, da Argentina, da Colômbia, da Índia e da Nigéria, entre outros, têm desempenhado um papel importante no reconhecimento e afirmação dos direitos ESC. A jurisprudência dos tribunais destes países tem sido inovadora e progressista no que respeita à proteção dos direitos ESC e pode servir de orientação para o desenvolvimento e consolidação da proteção destes direitos ao nível mundial.

Uma das limitações identificadas em relação à justiciabilidade dos direitos ESC é o facto de em vários países serem principalmente as classes mais elevadas que recorrem aos tribunais, o que favoreceria desproporcionalmente os seus interesses, em detrimento dos grupos desfavorecidos da sociedade, que têm muitas vezes dificuldade em aceder ao tribunal e consequentemente em defender os seus direitos, perpetuando assim as desigualdades. O Brasil é um exemplo diversas vezes mencionado a este propósito.<sup>333</sup> Assim, garantir o acesso ao tribunal das populações que vivem em situação de pobreza para salvaguarda dos seus direitos, nomeadamente dos direitos ESC, é uma questão fundamental.<sup>334</sup>

---

<sup>333</sup> ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. 30.

<sup>334</sup> ZUNIGA – Advancing the Human Right to Health, p. 46.

## 8. Conclusão e perspectivas

A Carta Internacional dos Direitos Humanos consagrou regimes diferentes aplicáveis aos direitos civis e políticos e aos direitos económicos, sociais e culturais, nomeadamente ao nível dos mecanismos de proteção em caso de violação, do que decorreu um menor reconhecimento e proteção dos direitos económicos, sociais e culturais, em relação aos direitos civis e políticos, aos níveis internacional, regional e nacional. Apesar disto, tem-se verificado ao longo dos anos uma tendência de contrariar esta diferenciação e de reforçar o reconhecimento e proteção dos direitos económicos, sociais e culturais, consequência nomeadamente da aceitação progressiva da universalidade e indivisibilidade de todos os direitos humanos, do aumento dos órgãos judiciais e quase-judiciais de proteção destes direitos e do progressivo reconhecimento da justiciabilidade destes direitos, aspetos que foram expostos ao longo deste trabalho.<sup>335</sup>

Conforme ficou patente nos capítulos anteriores, não existem tribunais ao nível internacional e os particulares podem apenas recorrer a órgãos quase-judiciais cujas decisões não são obrigatórias para os Estados a que se dirigem. Os sistemas regionais existentes, para além de não cobrirem todas as regiões do globo, têm também limitações significativas. Apesar de nos três sistemas mais desenvolvidos, o europeu, o americano e o africano, existirem tribunais, apenas no caso do sistema africano os indivíduos podem recorrer diretamente ao tribunal em caso de violação dos seus direitos económicos, sociais e culturais, e mesmo neste caso, alguns direitos económicos, sociais e culturais não se encontram abrangidos. No caso dos dois outros sistemas regionais, os casos relativos aos direitos económicos, sociais e culturais não são submetidos aos respetivos tribunais, que se ocupam apenas dos direitos civis e políticos, mas a órgãos quase-judiciais cujas decisões não são vinculativas. Ao nível nacional foi igualmente exposto que os direitos económicos, sociais e culturais são consagrados de diferentes formas e que a sua justiciabilidade não é reconhecida em todos os países nem para todos os direitos.

Apesar das limitações identificadas, os mecanismos de proteção existentes, judiciais e quase-judiciais, desempenharam um papel fundamental no reforço da proteção destes direitos, ao atuarem em caso de violação, responsabilizando os Estados pelo seu incumprimento e proporcionando uma reparação aos indivíduos ou grupos lesados. Contribuíram, assim, significativamente para a efetividade dos direitos.

---

<sup>335</sup> ROMAN - « Droits des Pauvres, Pauvres Droits ? »... p. 25.

Existe atualmente uma grande expectativa de que adoção e entrada em vigor do Protocolo Facultativo ao PIDESC venha a dar um impulso significativo à proteção dos direitos económicos, sociais e culturais e à sua justiciabilidade, na medida em que a análise de casos concretos permitirá ao Comité dos DESC concretizar a sua interpretação do Pacto, o que poderá vir a servir de referência aos órgãos regionais e aos tribunais nacionais. Para tal, é necessário que mais Estados ratifiquem o Protocolo de forma a que este venha a aplicar-se de forma mais globalizada.

Também ao nível regional se espera que um maior número de decisões relativas a casos concretos sobre direitos económicos, sociais e culturais no âmbito dos respetivos mecanismos de reclamação contribua para a concretização e a proteção destes direitos, não só nos países das regiões implicadas, mas também como referência internacional, à semelhança da influência que exercem as decisões dos órgãos regionais relativas aos direitos civis e políticos.

Quanto aos sistemas nacionais, estes são centrais na proteção dos direitos económicos, sociais e culturais, na medida em que os tribunais nacionais são os primeiros órgãos de recurso em caso de violação dos direitos, pois o recurso aos mecanismos internacionais permanece bloqueado até à exaustão dos mecanismos de recurso nacionais.<sup>336</sup> Uma vez mais, as decisões adotadas pelos tribunais de diversos países no sentido da justiciabilidade e da proteção dos direitos económicos, sociais e culturais podem servir de referência aos tribunais de outros países no sentido de uma maior proteção destes direitos.

Face ao caminho percorrido nas últimas décadas e àquele que ainda resta percorrer tendo em vista a realização dos direitos económicos, sociais e culturais, os mecanismos de fiscalização do cumprimento das obrigações dos Estados, internacionais, regionais e nacionais, continuam a revelar-se fundamentais,<sup>337</sup> na medida em que concedem proteção às vítimas de violações dos direitos, bem como contribuem para o aprofundamento da interpretação dos tratados e da legislação nacional relativos aos direitos económicos, sociais e culturais.

Como conclusão final, salienta-se que existe uma forte expectativa de que os mecanismos de proteção dos direitos económicos, sociais e culturais recentemente criados ao nível internacional

---

<sup>336</sup> RAMCHARAN - *Contemporary Human Rights Ideas...* p. 135-136, 141.

e regional, venham, nomeadamente através do aumento do número de decisões sobre casos concretos, impulsionar decisivamente o reforço da proteção e a concretização da interpretação destes direitos, contribuindo assim para melhorar a situação dos direitos económicos, sociais e culturais em concreto ao nível mundial.

## BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Víctor – Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 189-223.

Assembleia Geral das Nações Unidas - **Conselho de Direitos Humanos**, Resolução n.º 60/251, de 15 de março, (A/60/L.48). Disponível em: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A.RES.60.251\\_En.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A.RES.60.251_En.pdf).

**Carta das Nações Unidas e Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça**, 1945, 1 UNTS XVI. Disponível em <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>.

CDH - **Resolução n.º 5/1, sobre o estabelecimento das instituições do Conselho de Direitos Humanos**, de 18 de junho de 2007. Disponível em [http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc\\_id=13360](http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=13360).

CHATTON, Gregor T. – **Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels**. Genebra: Schulthess Médias Juridiques SA, 2013. ISBN: 978-3-7255-6943-4.

CHURCHILL, Robin R.; KHALIQ, Urfan – The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?, European Journal of International Law, Oxford: Oxford University Press (2004), Vol. 15 No. 3, 417–456.

Comité dos DESC - **Comentário Geral n.º 3, sobre a natureza das obrigações dos Estados Partes** (art. 2.º, n.º1), de 1 de janeiro de 1991, E/1991/23. Disponível em [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESC%2fGEC%2f4758&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESC%2fGEC%2f4758&Lang=en).

Comité dos DESC - **Comentário Geral n.º 9, sobre a aplicação doméstica do Pacto**, de 3 de dezembro de 1998, E/C.12/1998/24. Disponível em [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1998%2f24&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1998%2f24&Lang=en).

Comité dos DESC - **Comentário Geral n.º 12, sobre o direito a uma alimentação adequada** (art.º 11.º do Pacto), de 12 de maio de 1999, Comité dos DESC, E/C.12/1999/5. Disponível em [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1999%2f5&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1999%2f5&Lang=en).

Comité dos DESC - **Comentário Geral n.º 14, sobre o direito ao melhor estado de saúde possível de atingir** (art. 12.º), de 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4. Disponível em [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2000%2f4&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2000%2f4&Lang=en).

Comité dos DESC - **Comentário Geral n.º 15, sobre o direito à água** (arts. 11 e 12), de 20 de janeiro de 2003, E/C.12/2002/11. Disponível em [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2002%2f11&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2002%2f11&Lang=en).

Comité dos DESC - **Comentário Geral n.º 17, sobre o direito de todos a beneficiar da proteção dos interesses morais e materiais que decorrem de toda a produção científica, literária ou artística de que cada um é autor** (art. 15.º, n.º 1, alínea c)), de 12 de janeiro de 2006, E/C.12/GC/17. Disponível em

[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f17&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f17&Lang=en).

Comité dos DESC - **Comentário Geral n.º 19, sobre o direito à segurança social** (art. 9.º), de 4 de fevereiro de 2008, E/C.12/GC/19. Disponível em

[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f19&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f19&Lang=en).

Comité dos DESC – **Regras provisórias de procedimento adotadas pelo Comité na sua terceira sessão**, de 1 de setembro de 1993, E/C.12/1990/4/Rev.1. Disponível em

[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1990%2f4%2fRev.1&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1990%2f4%2fRev.1&Lang=en).

CODCP - **Comentário Geral n.º 6 sobre o direito à vida**, de 30 de abril de 1982. Disponível em

[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11).

CONFORTI, Benedetto; FRANCIONI, Francesco – **Enforcing International Human Rights in Domestic Courts**. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1997. ISBN 90-411-0393-7.

Conselho da Europa – **Carta Social Europeia**, de 18 de outubro de 1961, European Treaty Series - No. 35. Disponível em <http://polis.osce.org/library/f/2667/466/CoE-ITA-RPT-2667-EN-466.pdf>.

Conselho da Europa – **Carta Social Europeia Revista**, de 3 de maio de 1996, European Treaty Series - No. 163. Disponível em <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007cf93>.

Conselho da Europa - **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, de 4 de novembro de 1950, conforme alterada posteriormente pelos protocolos 1, 4, 6, 7, 11, 12, 13 e 14. Disponível em [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf).

**Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados**, de 23 de maio de 1969, Nações Unidas, Série dos Tratados, vol. 1155, p. 331. Disponível em <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>.

**Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres**, Resolução n.º 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1979.

**Convenção sobre os Direitos da Criança**, Resolução n.º 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989.

**Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**, Resolução A/RES/61/106, de 13 de dezembro de 2006.

Conselho da Europa, **Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina**, de 1 de dezembro de 1999. Disponível em <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164>.

CURTIS, Christian – **Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative Experiences of Justiciability**. Geneva: International Commission of Jurists, 2008. ISBN: 978-92-9037-125-0.

**Declaração e Programa de Ação de Viena**, adotados pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, de 25 de junho de 1993. Disponível em <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/vienna.pdf>.

**Declaração de Alma-Ata**, adotada na Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, de 6 a 12 de setembro de 1978. Disponível em [http://www.saudepublica.web.pt/05-promocaosaude/Dec\\_Alma-Ata.htm](http://www.saudepublica.web.pt/05-promocaosaude/Dec_Alma-Ata.htm).

**Declaração sobre a Apreciação da obrigação de agir “...até ao máximo dos recursos disponíveis...” no contexto de um Protocolo Facultativo**, de 21 de setembro de 2007, disponível em [http://tbinet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2007%2f1&Lang=en](http://tbinet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2007%2f1&Lang=en).

**Declaração Universal dos Direitos do Homem**, de 10 de dezembro de 1948, Resolução 217A (III). Disponível em [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/217\(III\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)).

DE SCHUTTER, Olivier – **Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights**. Louvain: Edward Elgar Publishing Limited, 2013, p 201. ISBN-10: 0857930753.

**Diretrizes de Maastricht sobre violações dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais**, adotadas numa conferência de peritos organizada pela Comissão Internacional de Juristas, pelo Urban Morgan Institute on Human Rights e pelo Centro de Direitos Humanos da Universidade de Maastricht, de 22 a 26 de janeiro de 1997. Disponível em <https://www.maastrichtuniversity.nl/research/institutes/mcfhr/research-conferences>.

ECOSOC - **Resolução n.º 1985/17, Revisão da composição, organização e disposições administrativas sobre a implementação do PIDESC**, de 28 de maio de 1985, disponível em <http://www.ohchr.org/en/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx>.

EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan – **Economic, Social and Cultural Rights**. 2ª ed. The Hague: Kluger Law International, 2012. ISBN-10: 9041116133.

**Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**, de 17 de julho de 1998, adotado pela Conferência Diplomática reunida de 15 de junho a 17 de julho de 1998. Disponível em [https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aef7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome\\_statute\\_english.pdf](https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aef7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf).



FELLOUS, Gérard – **Les droits de l'homme: une universalité menacée**. La Documentation française, 2010. ISBN : 330-3-331-95306-7.

GOUVEIA; Jorge Bacelar - **A afirmação dos direitos fundamentais no Estado Constitucional Contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, n.º 2, Luanda, 2002, pp. 7 e ss.

KÄLIN, Walter; KÜNZLI, Jörg – **The Law of International Human Rights Protection**. Oxford: Oxford University Press, 2009. ISBN: 9780199565207.

LANGFORD, Malcom et al. – **Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Commentary**, Pretoria: Pretoria University Press, 2016. Disponível em: <https://www.escri-net.org/sites/default/files/ssrn-id2789733.pdf>

**Observações finais do Comité dos DESC, Guatemala**, UN Doc E/C.12/1/Add.93, de 28 de novembro de 2003. Disponível em [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2FC.12%2F1%2FAdd.93&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2FC.12%2F1%2FAdd.93&Lang=en).

Organização dos Estados Americanos - **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em [https://www.oas.org/dil/treaties\\_B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights.pdf](https://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.pdf).

**Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos e Protocolo Facultativo Referente ao Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos**, Resolução 2200A (XXI), de 16 de dezembro de 1966. Disponível em <http://www.un-documents.net/a21r2200.htm>.

**Princípios de Limburgo sobre a Implementação do PIDESC**, aprovados por um grupo de peritos em direito internacional, reunidos em Maastricht, Holanda, de 2 a 6 de junho de 1986 UN doc. E/CN.4/1987/17. Disponível em <https://www.maastrichtuniversity.nl/research/institutes/mcfhr/research-conferences>.

**Proclamação de Teerão**, proclamada pela Conferência Internacional sobre Direitos Humanos em Teerão, de 13 de maio de 1968. Disponível em [http://legal.un.org/avl/pdf/ha/fatchr/Final\\_Act\\_of\\_TehranConf.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/fatchr/Final_Act_of_TehranConf.pdf).

**Protocolo Adicional à Carta Social Europeia prevendo um Sistema de Reclamações Coletivas**, de 9 de novembro de 1995, European Treaty Series - No. 158. Disponível em <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007cdad>.

**Protocolo à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos sobre o Estabelecimento de um Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos**, de 9 de junho de 1998. Disponível em [http://www.achpr.org/files/instruments/court-establishment/achpr\\_instr\\_proto COURT\\_eng.pdf](http://www.achpr.org/files/instruments/court-establishment/achpr_instr_proto COURT_eng.pdf).

**Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Económicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador)**, de 17 de novembro de 1988. Disponível em <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-52.html>.

**Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais**, Resolução A/RES/63/117, de 10 de dezembro de 2008. Disponível em <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2009/CN.869.2009-Eng.pdf>.

**Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos**, Resolução 2200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966. Disponível em <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr-one.pdf>.

RAMCHARAN, Bertrand G. - **Contemporary Human Rights Ideas. Rethinking theory and practice**. 2ª ed. Nova Iorque: Routledge, 2015. ISBN-10: 1138807141.

RANDALL, Maya Hertig ; HOTTELIER, Michel [et al.] – **Introduction aux droits de l'homme**. Zurique: Schulthess Médias Juridiques, 2014. ISBN: 978-89730-035-7.

RATJEN, Sandra – **Adjudicating Economic, Social and Cultural Rights at National Level: A Practitioners Guide**. Genebra: International Commission of Jurists, 2012. ISBN 978-92-9037-195-1.

RIEDEL, Eibe [et al.] - **Economic, Social and Cultural Rights in International Law. Contemporary Issues and Challenges**. Oxford: Oxford University Press, 2014. ISBN-10: 0199685975.

ROMAN, Diane [et al.] - « **Droits des Pauvres, Pauvres Droits ?** » **Recherches sur la Justiciabilité des Droits Sociaux** [Em linha]. Paris: 2010 [Consult. 1 agosto 2016]. Disponível em [www.onpes.gouv.fr/IMG/pdf/Justiciabilite\\_C3\\_A9\\_droits\\_sociaux\\_rapport\\_final.pdf](http://www.onpes.gouv.fr/IMG/pdf/Justiciabilite_C3_A9_droits_sociaux_rapport_final.pdf).

SHELTON, Dina [et al.] – **The Oxford Handbook of International Human Rights Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013. ISBN: 9780199640133.

SSENYONJO, Manisuli - **Economic, Social and Cultural Rights in International Law**. Oxford: Hart Publishing Ltd, 2009. ISBN: 978-1-84113-915-9.

STEINER, Henri J.; ALSTON, Philip – **International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals**. Oxford: Clarendon Press, 1996. ISBN-10: 019825427X.

TAVARES, Raquel – **O Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos**, Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Disponível em [http://direitoshumanos.gddc.pt/2\\_3/IIPAG2\\_3\\_1.htm](http://direitoshumanos.gddc.pt/2_3/IIPAG2_3_1.htm).

TINTA, Mónica Faria – Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System of Protection of Human Rights: Beyond Traditional Paradigms and Notions, *Human Rights Quarterly*, Johns Hopkins University Press, vol. 29, N. 2, 2007, p. 431-459.

ZUNIGA, M. [et al.] – **Advancing the Human Right to Health**. Oxford: Oxford University Press, 2013. ISBN: 9780199661619.



## ÍNDICE

<b>1.</b>	<b>Introdução .....</b>	<b>1</b>
<b>2.</b>	<b>Os direitos humanos .....</b>	<b>4</b>
2.1.	O regime de proteção dos direitos humanos .....	4
2.2.	A classificação dos direitos humanos .....	8
2.3.	As características dos direitos humanos .....	9
2.4.	A tipologia das obrigações dos Estados Partes .....	10
<b>3.</b>	<b>Os direitos económicos, sociais e culturais .....</b>	<b>13</b>
3.1.	As obrigações dos Estados no âmbito do PIDESC.....	14
3.1.1	A obrigação de adotar medidas por todos os meios apropriados .....	14
3.1.2	A obrigação de realização progressiva .....	15
3.1.3	A obrigação de utilizar até ao máximo dos recursos disponíveis .....	16
3.1.4	A obrigação de garantir um nível essencial mínimo de cada um dos direitos .....	16
3.1.5	A obrigação de cooperação e assistência internacionais .....	17
<b>4.</b>	<b>O direito à saúde em particular .....</b>	<b>18</b>
4.1.	O direito à saúde no sistema internacional de proteção dos direitos humanos .....	18
4.2.	A concretização do direito à saúde pelo Comité dos DESC no Comentário Geral n.º 14 20	
<b>5.</b>	<b>Os mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos .....</b>	<b>23</b>
5.1.	O Conselho de Direitos Humanos e os seus mecanismos subsidiários .....	24
5.1.1	Os procedimentos especiais .....	24
5.1.2	A Revisão Periódica Universal.....	25
5.1.3	O procedimento de queixa .....	25
5.2.	Os mecanismos de proteção no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos	25
5.2.1	Os órgãos dos tratados.....	26
5.2.2	A apresentação periódica de relatórios pelos Estados Partes.....	26
5.2.3	As queixas entre Estados Partes .....	26
5.2.4	As queixas individuais ou coletivas .....	26
5.2.5	O inquérito .....	27
5.3.	Os mecanismos de proteção específicos dos direitos ESC .....	27
5.3.1	O ECOSOC e o Comité dos DESC.....	27
5.3.2	A apresentação periódica de relatórios pelos Estados Partes.....	28
5.3.3	As comunicações interestaduais.....	28
5.3.4	As comunicações por indivíduos ou grupos de indivíduos.....	29
5.3.5	O inquérito .....	29

5.3.6 Os Comentários Gerais do Comité dos DESC .....	30
5.3.7 As providências cautelares.....	30
5.4. Os mecanismos de proteção no âmbito dos sistemas regionais .....	31
5.4.1 O sistema europeu .....	31
5.4.2 O sistema americano .....	32
5.4.3 O sistema africano .....	33
<b>6. As críticas aos direitos ESC.....</b>	<b>35</b>
6.1. A natureza dos direitos ESC .....	35
6.2. A ausência de reconhecimento internacional dos direitos ESC.....	37
6.2.1 A contestação da universalidade dos direitos humanos em geral e dos direitos ESC em particular .....	37
6.2.2 A vontade histórica .....	39
6.3. As consequências e implicações para o Estado .....	39
6.3.1 Obrigações positivas e negativas.....	39
6.3.2 A livre escolha dos meios de implementação .....	40
6.3.3 O custo dos direitos ESC .....	41
6.3.4 A violação do princípio da separação de poderes.....	42
6.3.5 A justiciabilidade dos direitos ESC .....	44
<b>7. A justiciabilidade dos direitos ESC .....</b>	<b>46</b>
7.1. Os argumentos contra a justiciabilidade dos direitos ESC .....	46
7.2. Os argumentos a favor da justiciabilidade dos direitos ESC .....	48
7.3. A evolução da justiciabilidade dos direitos ESC .....	50
7.3.1 A abordagem integrada: a proteção indireta dos direitos ESC através dos direitos CP .....	51
7.3.2 A justiciabilidade dos direitos ESC ao nível internacional .....	51
7.3.3 A justiciabilidade dos direitos ESC ao nível regional.....	53
7.3.4 A justiciabilidade dos direitos ESC ao nível nacional .....	55
7.3.4.1 A receção do Direito Internacional ao nível interno.....	55
7.3.4.2 A proteção dos direitos ESC ao nível nacional.....	58
7.4. A jurisprudência internacional, regional e nacional relativa aos direitos ESC .....	59
7.4.1 Os deveres de respeitar, proteger e realizar os direitos ESC.....	59
7.4.2 As obrigações de efeito imediato e as obrigações de realização progressiva dos direitos ESC.....	63
7.4.3 Não discriminação e igualdade perante a lei.....	66
7.4.4 O nível essencial mínimo.....	68
7.4.5 A razoabilidade, a adequação e a proporcionalidade .....	70

7.4.6 A proteção indireta dos direitos ESC através dos direitos CP .....	71
<b>8. Conclusão e perspectivas.....</b>	<b>78</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>81</b>